

المَغْنَى

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المتوفى ٦٢٠ هـ - ١٢٢٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرمي
المتوفى ٣٣٤ هـ

حقوق هذا الجزء

محمود عبد الوهاب فايد و عبد القادر احمد عطا

الجزء السابع

الناشر

مكتبة القاهلة

لصاحبها على يوسف سليمان

بناي، القاهرة، مصر، ١٩٦٦ م

تذبيبات

- ١ — التعليقات الرموز إليها في آخرها بحرف (ف) ومراجعة الضبط والترقيم من عمل ، الأستاذ محمود عبد الوهاب فايد.
- ٢ — تحقيق النص على المخطوطات، والتعليقات الخالية من الرموز في آخرها، ومراجعة تجارب الطبع ، من عمل الأستاذ عبد القادر أحمد عطا .
- ٣ — ما بين حاصرتين هكذا [فهو كلام ساقط من المطبوعات وأضيف من المخطوطات .

الطبعة الأولى المحققة

١٩٦٩ — ١٩٨٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح

النكاح في الشرع هو : عقد الزوجية ، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ، ما لم يصرفه عنه دليل . وقال القاضي : الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً ، لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج ، لدخوله في قوله تعالى^(١) : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »^(٢) وقيل : بل هو حقيقة في الوطء ، مجاز في العقد . تقول العرب : أنكحنا الفراً فسنرى ، أى : أضربنا لخل حر الوحش أمه ، فسنرى ما يتولد منها . يضرب مثلاً للأمر يجتمعون عليه^(٣) ، ثم ينفردون عنه . وقال الشاعر :

ومن أيّم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خالٍ وعمٍّ تلّهف^(٤)

والصحيح ما قلنا ، لأن الأشهر استعمال لفظه النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ، ولسان أهل العرف ، وقد قيل : ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء إلا قوله : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ » . ولأنه يصح نفيه عن الوطء ، فيقال : هذا سفاح ، وليس بنكاح . ويروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « وَلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ » . ويقال عن السريّة : ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعمد بهما عقد النكاح ، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر . وما ذكره القاضي يفضي إلى كون اللفظ مشتركاً ، وهو على خلاف الأصل ، وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال ، في الجملة ، والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر . ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد ، لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه ، لشهرته كسائر الأسماء العرفية .

(فصل)

٥٠٧١

والأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ »^(٥) . الآية وقوله : « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ » .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : « يَمَعَشَرُ الشَّبَابُ ، مِنْ اسْتِطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ »

(٢) سورة النساء آية ٢٢

(١) في المخطوطة ١٨ : في قوله سبعانه

(٣) قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجها منه بكراً وقال : أنكحنا الفراً فسنرى . ثم أساء الزوج عشرتها فطلقها . يضرب في التحذير من سوء

العاقة (مجمع الأمثال ج ٢ ص ٢٩٨) (ف)

(٤) يعني قد اتخذنا من أيامى العدو إماماً وتركنا بعضهن ينعين أعمامهن وأخوانهن . (٥) النساء : ٣

فَأَنَّهُ أَغْضُ لِلْبَحْرِ ، وَأَخْصَنُ لِلنَّزَجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَهْمُ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءُ^(١) . متفق عليه في آى وأخبار سوى ذلك كثيرة . وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع .

واختلف أصحابنا في وجوبه ، فالشهور في المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه ، فيلزمه إعفاف نفسه . وهذا قول عامة الفقهاء . وقال أبو بكر بن عبد العزيز : هو واجب ، وحكاه عن أحمد ، وحكى عن داود : أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر .

ولنا : أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله : « فَاتَّكِحُوا مَا طَابَ أَلْكُم مِّنَ النِّسَاءِ » والواجب لا يقف على الاستطابة ، وقال : « مَثْنَى وَثِلَاتَ وَرُبَاعَ » . ولا يجب ذلك بالاتفاق ، فيدل على أن المراد بالأمر النذب ، وكذلك الخبر يحمل على النذب ، أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور^(٢) بترك النكاح . قال القاضي : وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح^(٣) .

(فصل)

٥٠٧٢

والناس في النكاح على ثلاثة أضرب : منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور^(٤) إن ترك النكاح ، فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء ، لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام ، وطريقة النكاح .

الثاني : من يستحب له ، وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور ، فهذا الاستغفال [له] به أولى من التخلي لنوافل العبادة ، وهو قول أصحاب الرأي ، وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم . قال ابن مسعود : لو لم يبق من أجلى إلا عشرة أيام ، وأعلم أنى أموت في آخرها يوما ، ولى طول النكاح فيهن تزوجت مخافة الفتنة

وقال ابن عباس لسعيد بن جبيرة : تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء . وقال إبراهيم بن ميسرة : قال لي طاوس : لتنكحني أو لأقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد : ما يمنعك عن النكاح إلا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروزي : ليست العزبة من أمر الإسلام في شيء . وقال : من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير الإسلام ، ولو تزوج بشر^(٥) كان قد تم أمره .

(١) أى حصن ورباط يقيد الشهوة ويضعفها ، فلا تميل بصاحبها إلى حرام .

(٢) في المخطوطة ١٨ : في المحذور (٣) أى يحمل حكمهما بالوجوب على حالة الخوف من الوقوع في المحذور .

(٤) في المخطوطة ١٨ : الوقوع في محذور .

(٥) يعنى بشر بن الحارث الخافى رضى الله عنه . كان من كبار الزهاد الورعين العلماء ، ولم يتزوج . انظر

(مناقب الأبرار للموصلى) مخطوط تيمورية ج ١ ورقة ٩٥

وقال الشافعي : التخلي لعبادة الله تعالى أفضل ، لأن الله تعالى مدح يحيى عليه السلام بقوله : « وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ^(١) » والحصور : الذي لا يأتي النساء ، فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال الله تعالى : « زَيْنَ النَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ ^(٢) » وهذا في معرض الذم . ولأنه عقد معاوضة ، فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع .

ولنا : ما تقدم من أمر الله تعالى به ، وحثه عليه ، وقال [النبي] صلى الله عليه وسلم : « وَآكِلِيْ أَصُوْمٍ وَأَفْطِرُ ، وَأَصَلِّيْ وَأَرْفُدُ ، وَأَنْزَوِجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِيْ فَلَيْسَ مِنِّي » : وقال سمد : « لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ، ولو أحله له لاختصمنا » متفق عليهما . وعن أنس قال : كان النبي ^(٣) صلى الله عليه وسلم يأمرنا بالبائة ، ويهني عن التبتل نهياً شديداً ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ^(٤) » . رواه سعيد .

وهذا حث على النكاح شديد ، ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب والتخلي عنه إلى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الأمر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج وبالغ في العدد ، وفعل ذلك أصحابه ، ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلا بالأفضل ، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل والاشتغال بالأدنى .

ومن المجيب أن من بفضل التخلي لم يفعله ^(٥) فكيف اجتمعوا ^(٦) على النكاح في فعله ، وخافوه في فضله ، فما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ، ويعمل بالأدنى ^(٧) ولأن مصالح النكاح أكثر ، فإنه يشتمل على تحصين الدين وإحرازه ، وحصين المرأة وحفظها ، والقيام بها ، وإيجاد النسل ، وتكثير الأمة ، وتحقيق مباحاة النبي صلى الله عليه وسلم ، وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة ، فجمعها أولى .

(١) سورة آل عمران آية ١٤

(٢) سورة آل عمران آية ٣٩

(٣) في المخطوطة ١٨ : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٤) أخرجه أبو داود عن معقل بن يسار ج ١ ص ٤٧٣ والنسائي ج ٦ ص ٦٦ وليس فيها يوم القيامة (ف)

(٥) يريد بذلك أن الإمام الشافعي وهو القائل بأفضلية التخلي قد تزوج وأنجب أولاداً ، مع أنه كان كثير المرض عليل الصحة . رضى الله عنه .

(٦) في المخطوطة ١٨ : فكيف اجتمعوا

(٧) في المخطوطة ١٨ : ويعمل بالأدنى

وقد روينا في أخبار المتقدمين : أن قوماً ذكروا النبي لهم فضل عابد لهم فقال : أما إنه لتترك لشيء من السنة ، فبلغ العابد ، فأتى النبي فسأله عن ذلك ، فقال : إنك تركت التزويج . فقال : يا نبي الله وما هو إلا هذا ؟ فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال : أرايت لو ترك الناس كلهم التزويج ، من كان يقوم بالجهاد ، وينبئ العدو ، ويقوم بفرائض الله وحدوده ؟ وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه ، وشرعنا وارد بخلافه ، فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ، ولا يقاربها .

القسم الثالث : من لا شهوة له ، إما لأنه لم يخاف له شهوة كالعائنين ، أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ، فقيه وجهان .

أحدهما : يستحب له النكاح لعموم ما ذكرنا .

والثاني : النكاح له أفضل . لأنه لا يحصل مصالح النكاح ، ويمنع زوجته من التحصين بفسيره ، ويضر بها بحبسها على نفسه ، ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ، ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والأخبار تجعل على من له شهوة ، لما فيها من القرائن الدالة عليها .

وظاهر كلام أحمد : أنه لا فرق بين العاقر على الإنفاق والعاجز عنه ، وقال : ينبغي للرجل أن يتزوج ، فإن كان عنده ما ينفق أنفق ، وإن لم يكن عنده صبر ، ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . واحتج بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عنده شيء ، ويمسي وما عنده شيء^(١) ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً لم يقدر إلا على ختم حديد ، ولا وجد إلا إزاره^(٢) ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري . قال أحمد في رجل قليل الكسب يضعف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحسن له ، ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه ، وهذا في حق من يمكنه التزوج^(٣) فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى : «وَلَيْسَ مَفْرُوفٍ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»^(٤)

﴿مسألة﴾

٥٠٧٣

قال ﴿ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين﴾

في هذه المسألة أربعة فصول :

(١) في المخطوطة ١٨ : وما عندهم شيء ، في الفقرة كلها .

(٢) وعلى هذا جرى السلف بعد الصحابة ، فقد زوج سعيد بن المسيب ابنته لطالب علم فقير بدرهمين أو ثلاثة ولهذا الزواج قصة طويلة مفصلة . انظرها في (سير السلف للحافظ اسماعيل الأصبهاني) مخطوط بالأزهرية في حرف السين وفي وفیات الأعيان لابن خلكان ج ٢ ص ١١٨ (٣) في الأصول (التزويج) . وما ذكرناه أوضح

(٤) سورة النور آية ٣٣

٥٠٧٤

أحدها

أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح النكاح. روى هذا عن عمر، وعلى، وابن مسعود، وابن عباس، أبي هريرة وعائشة، رضي الله عنهم. وإليه ذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، وعبيد الله المذبري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد. وروى عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وأبي صالح، وأبي يوسف: لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي، فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته.

وقال أبو حنيفة: لها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل في النكاح، لأن الله تعالى قال: «فلا تمضواهن أن ينكحن أزواجهن»^(١) أضاف النكاح إليهن، ونهى عن منعهن منه، ولأنه خالص حقها، وهي من أهل المباشرة، فصاح منها كبيع أمتها، ولأنها إذا ملكت بيع أمتها - وهو تصرف في رقبته - وسائر منافعها، ففي النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى.

ولنا: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي». روته عائشة، وأبو موسى، وابن عباس. قال المروزي: سألت أحمد ويحيى عن حديث «لا نكاح إلا بولي»^(٢) فقالا: صحيح.

وروى عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أيماً امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل»، فإن أصابها قلها المهر بما استحل من فرجها، فلن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له». رواه الإمام أحمد، وأبو داود، وغيرهما. فإن قيل: إن الزهري رواه وقد أنكره. قال ابن جريج^(٣): سألت الزهري^(٤) عنه فلم يعرفه، قلنا له: لم يقل هذا عن ابن جريج غير ابن عليه^(٥)، كذلك قال الإمام أحمد ويحيى^(٦): ولو ثبت هذا لم يكن حجة، لأنه قد نقله ثقة عنه، فلو نسيه الزهري لم يضره، لأن النسيان لم يعصم منه إنسان. قال النبي صلى الله عليه وسلم: «نسي آدم قنسيته ذريته» ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليها كالصغيرة، وأما الآية فإن عضلها: الامتناع من تزويجها، وهذا يدل على أن نكاحها إلى الولي، ويدل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته، فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم فزوجها، وأضافه إليها، لأنها محل له.

(١) البقرة آية ٢٣٢ (٢) أخرجه أبو داود والترمذي وغيرهما. انظر (سنن أبي داود ج ١ ص ٤٨١) (ف)

(٣) هو عبد الملك بن عبدالعزيز بن جريج. مات عام ١٥٠ هـ (ف)

(٤) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري - مات سنة ١٢٤ هـ (ف)

(٥) هو إسماعيل بن علية القاضي (ف) (٦) هو يحيى بن معين ناقد الرجال المعروف عاصر الإمام أحمد.

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن أحمد لها تزويج أمتها ، وهذا يدل على صحة عبارتها في النكاح ، فيخرج منه أن لها تزويج نفسها بإذن وليها ، وتزويج غيرها بالوكالة ، وهو مذهب محمد ابن الحسن ، وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » ، ففهموه صحته بإذنه . ولأن المرأة إنما مُنعت الاستقلال ، بالنكاح لقصور عقلها ، فلا يؤمن انخداعها ووقوعها منها على وجهه المفسدة ، وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها .

والصحيح الأول ، لعموم قوله : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ » . وهذا يقدم على دليل الخطاب . والتخصيص هنا خرج مخرج الغالب فإن الغالب أنها لا تزوج نفسها إلا بغير إذن وليها ، والعلة في منعها صياتها عن مباشرة ما يشمر بوقاحتها ورعونتها . وميلها إلى الرجال ، وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة ، والله أعلم .

(فصل)

٥٠٧٥

فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم ، أو كان المتولى لعقده حاكماً ، لم يجوز نقضه ، وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة ، وخروج الغاضى وجهاً في هذا خاصة أنه يُنقض ، وهو قول الإصطخري من أصحاب الشافعى ، لأنه خالف نصاً ، والأول أولى ، لأنها مسألة مختلف فيها ، ويسوغ فيها الاجتهاد ، فلم يجوز نقض الحكم ، كما لو حكم بالشفعة للجار ، وهذا النص متأول ، وفي صحته كلام ، وقد عارضه غلواهر .

(الفصل الثانى)

٥٠٧٦

أن النكاح لا ينعقد إلا بشاهدين . هذا المشهور عن أحمد ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وهو قول ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، والنخعي ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعى ، وأصحاب الراى .

وعن أحمد : أنه يصح بغير شهود ، وقوله ابن عمر ، والحسن بن على ، وابن الزبير ، وسالم وحمة^(١) ابنا ابن عمر . وبه قال عبد الله بن ادريس ، وعبد الرحمن بن مهدي ، ويزيد بن هارون ، والعنبري ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وهو قول الزهري ، ومالك ، إذا أعلنوه^(٢) .

قال ابن المنذر : لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر : قد روى عن النبي صلى الله

(١) سالم وحمة ابنا عبد الله بن عمر بن الخطاب كلاهما قتيه . مات سالم عام ١٠٦ هـ . (ف)

(٢) أى إذا أعلنوا النكاح : إذ المراد من الشهود الإعلان .

عليه وسلم : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ »^(١). من حديث ابن عباس ، وأبي هريرة ، وابن عمر ، إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

قال ابن المنذر : وقد اعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية ابنة حي وتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك : « اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس ، فقال الناس : ما ندرى أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد ، فلما أن أراد أن يركب حجبها ، فعلوا أنه تزوجها »^(٢) . متفق عليه . قال : فاشتدوا على تزويجها بالحجاب . وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح ، فاشتراط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ، ولم يشترطوا للبيع . ووجه الأولى : أنه قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ مُرْشِدٍ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » وراه الخلال بإسناده . وروى الدارقطني ، عن عائشة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ : الْوَلِيِّ ، وَالزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَيْنِ » ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين ، وهو الولد ، فاشتراط الشهادة فيه ، لئلا يحجده أبوه فيضيع نسبه ، بخلاف البيع .

فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وغير شهود ، فنخصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره^(٣) .

(الفصل الثالث)

٥٠٧٧

أنه لا ينمقد إلا بشهادة مسلمين ، سواء كان الزوجان مسلمين ، أو الزوج وحده ، نص عليه أحمد وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ، قال أبو الخطاب : ويتخرج لذا مثل ذلك مبنيا على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض . ولنا قوله عليه السلام : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . ولأنه نكاح مسلم ، فلم ينمقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين .

(فصل)

٥٠٧٨

فأما الفاسقان في انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان . إحداهما : لا ينمقد ، وهو مذهب الشافعي للخبر ، ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما ، فلم ينمقد بحضورهما كالجنونين .

(١) وأخرجه الدارقطني بالفظ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّيَّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . (ف)

(٢) القصة بطولها في صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٤٦ باب فضيلة إعتاقه جارية ثم يتزوجها . (ف)

(٣) انظر خصائصه صلى الله عليه وسلم في الزواج في (خمائس النبي) لسراج الدين بن الملقن . مخطوط

بدار الكتب المصرية فهرس التاريخ .

والثانية : ينمقد بشهادتهما ، وهو قول أبي حنيفة . لأنها تحتمل ، فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة ، بل ينمقد بشهادة مستورى الحال ، لأن النكاح يكون فى القرى والبادية ، وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة ، فاعتبار ذلك يشق ، فاكتفى بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه .

فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا لم يؤثر ذلك فى العقد ، لأن الشرط العدالة ظاهرا ، وهو ألا يكون ظاهر الفسق ، وقد تحقق ذلك . وقيل : يتبين أن النكاح كان فاسدا لعدم الشرط ، وليس بصحيح ، لأنه لو كانت العدالة فى الباطن شرطا لوجب الكشف عنها ، لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا (فى شرط النكاح)^(١) فلا ينمقد ، ولا تحل المرأة مع الشك فى صحة نكاحها ، وإن حدث الفسق فيهما لم يؤثر فى صحة النكاح ، لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحاه بولى وشاهد عدل قبل قولها ، وثبت النكاح باقرارهما .

(فصل)

٥٠٧٩

ولا ينمقد بشهادة رجل وامرأتين ، وهذا قول النخعي ، والأوزاعي ، والشافعي . وعن أحمد أنه قال : إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز ، وإن كان معهن رجل فهو أهون ، فيحتمل أن هذا رواية أخرى فى انعقاده بذلك ، وهو قول أصحاب الرأى ، ويروى عن الشعبي ، لأنه عقد معاوضة فانمقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع .

ولنا : أن الزهرى قال : مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا تجوز شهادة النساء فى الحدود ، ولا فى النكاح ، ولا فى الطلاق ، رواه أبو عبيد فى الأموال ، وهذا ينصرف إلى سنة النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه عقد ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويحضره الرجال فى غائب الأحوال ، فلا يثبت بشهادتهن كالحدود . وبهذا فارق البيع ، ويحتمل أن أحمد إنما قال : هو أهون ، لوقوع الخلاف فيه ، فلا يكون رواية .

(فصل)

٥٠٨٠

ولا ينمقد بشهادة صبيين ، لأنهما ليسا من أهل الشهادة ، ويحتمل أن ينمقد بشهادة صراحتين عاقلين ، ولا ينمقد بشهادة مجنونين ، ولا سائر من لا شهادة له ، لأن وجوده كالعدم ، ولا ينمقد بشهادة أصميين ، لأنهما لا يسمعان . ولا أخرسين ، لعدم إمكان الأداء منهما . وفى انعقاده بحضور أهل الصفائح الزرية كالخجاء ونحوه وجهان ، بناء على قبول شهادتهم . وفى انعقاده بشهادة عدوين ، أو ابنى الزوجين ، أو أحدهما وجهان .

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة .

أحدهما : ينعقد ، اختاره أبو عبد الله بن بطة ، لموم قوله : « إِلَّا بِرَأْيِ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ » ، ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج ، فانعقد بهما نكاحه كسائر العدول .
والثاني : لا ينعقد بشهادتهما ، لأن العدول لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده .

(فصل)

٥٠٨١

وينعقد بشهادة عهدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ، ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريرين ، وللشافعية وجهان في ذلك .

ولنا : أنها شهادة على قول فصحت من الأعمى كالشهادة بالاستفاضة ، وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت ، وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما ، كما يعلم ذلك من يراها ، وإلا فلا .

(فصل)

٥٠٨٢

وإذا تزوجت المرأة تزويجاً فاسداً لم يحز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطنقها ، أو يفسخ نكاحها . وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه^(١) ، نص عليه أحمد ، وقال الشافعي : لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق ، لأنه نكاح غير منعقد ، أشبه النكاح في العدة .

ولنا : أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد ، فاحتيج في التفريق فيه إلى إبطاع فرقة ، كالصحيح المختلف فيه ، ولأن تزويجها من غير تفريق يفرض إلى تسليط زوجين عليها ، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح ، ونكاح الآخر الفاسد^(٢) ، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين ، وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضاً ، ولم يحز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان ، أو يفسخ نكاحهما ، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض ، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد ، وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر ، بدليل قوله عليه السلام : « فَلَمَّا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . وإن تكرر الوطء فالمر واحد للمحدث ، ولأنه إصابة في عقد فاسد ، أشبه الإصابة في عقد صحيح .

(فصل)

٥٠٨٣

والواجب لها مهر مثلها ، أو ما إليه أحمد ، فإنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده : يعطى شيئاً . قال الغاضي : معنى مهر المثل ، وهو ظاهر قول الخرق ، لقوله : وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما ،

(١) في المخطوطة ١٨ : فسخه الحاكم .

(٢) في المخطوطة ١٨ : ونكاح الآخر فاسد .

فإن دخل بها الثانی فلها مهر مثلها ، وهذا مذهب الشافعى . والمنصوص عن أحمد : أن لها المسمى ، لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة : « وَلَهَا الَّذِى أُعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا » .

قال القاضى : حدثناه أبو بكر البرقانى ، وأبو محمد الخلال ، بإسناديهما . وقال أبو حنيفة : الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل ، لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح ، وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد ، (لأنه)^(١) بغير عقد صحيح .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فجعل لها المهر بالإصابة ، والإصابة إنما توجب مهر المثل ، ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر ، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء ، وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه ، وبقي الوطء موجباً بمفرده ، فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ، ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل ، فإذا فسد العقد من أصله (كان)^(٢) أولى . وقول أبى حنيفة : إنها رضيت بدون صداقها ، إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب ، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة ، فيجب مهر المثل^(٣) كاملاً ، كوطء الشبهة .

(فصل)

٥٠٨٤

ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها ، يعنى أصاب . ولم يصعبها^(٤) ، والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة قياساً على العقد الصحيح ، وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد ، وقد ذكرنا ذلك .

(فصل)

٥٠٨٥

ولا حد في الوطء [في] النكاح^(٥) الفاسد ، سواء اعتقد حله أو حرمته ، وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلاولى إذا اعتقد حرمة ، وهو اختيار السمرقندى^(٦) من أصحاب الشافعى . لما روى الدارقطنى بإسناده عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لَا تَزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تَزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا ، إِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » . وإسناده عن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولى من على رضى الله عنه ، كان يضرب فيه . وروى الشاليجى بإسناده عن عكرمة بن خالد : أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب ،

(١) ساقطة من جميع النصوص المخطوطة . (٢) الكلمة ساقطة من جميع النصوص المخطوطة .

(٣) في جميع النصوص الخطية : فوجب مهر المثل . (٤) أى ولم تتحقق الإصابة بمجرد الخلوة .

(٥) في الطبعة الثالثة . ولاحد في وطء النكاح الفاسد . (٦) فى المخطوطات : الصيرفى .

نخطبها رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي ، بصداق وشهود ، فلما قدموا على عمر رضى الله عنه رفع إليه أمرهما ، ففرق بينهما ، وجلد الناكح والمنكح .

ولنا : أن هذا يختلف في إباحته ، فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات ، وتسميتها زانية تجوز ، بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد وعمر جلدتها أدباً وتعزيراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة ، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله ، وكذلك حديث على ، على أن حديث على حجة على من أوجب الحد (فيه) ^(١) ، فإن علياً أشد الناس فيه ، وقد انتهى الأمر إلى الجلد ، فدل على أن سائر الصحابة ^(٢) لم يروا فيه جلدأ ، فإن قيل : فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه ، قلنا : هو مفارق لمسألتنا ، بدليل أنا نحد من اعتقده حله ، ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه ، وهذا المختلف فيه يغنى عن الزنا الجمع على تحريمه فافترقا .

فإذا ثبت هذا ، فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب ، لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها ، ومن اعتقد حرمة ، إثم وأدب ، وإن أنت بولد منه لحقه نسبه في الحالين .

(فصل)

٥٠٨٦

فأما الأنكحة الباطلة كنكاح المرأة المروجة أو المعتدة أو شبهه ، فإذا علما الحل والتعريم فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه .

(فصل)

٥٠٨٧

ويساوى الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفية عنه ، لكون النسب لاحقاً به . فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما ، لعدم الحاجة إليه ، وتجب العدة بالخلوة فيه ، وعدة الوفاة بالموت فيه ، والإحداد ، وكل ذلك احتياطاً لها .

وفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ، ولا تحصل به الإباحة للعتزوج ، ولا تحل ^(٣) للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ، ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه ، ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ، ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض .

﴿مسألة﴾

٥٠٨٨

قال ﴿ وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ﴾

إنما قيد المرأة بالحرة ههنا لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها ، وإنما وإليها سيدها بغير خلاف علمناه . وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبوها ، ولا ولاية لأحد معه ، وبهذا قال الشافعي ، وهو المشهور عن

(١) الكلمة ساقطة من النصوص المخطوطة . (٢) في المطبوعة : سائر الناس والصحابة .

(٣) في المخطوطة ١٨ : ولا الحل .

أبي حنيفة ، وقال مالك ، والعمري ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، وابن المنذر : الابن أولى ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه أولى منه بالميراث ، وأقوى تعصيباً ، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده .
ولنا : أن الولد موهوب لأبيه ، قال الله تعالى : « وَوَهَبْنَا لَهُ يُحْيِي »^(١) . وقال زكريا : « رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً »^(٢) ، وقال : « فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا »^(٣) وقال إبراهيم : « الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِثْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ »^(٤) ، وقال صلى الله عليه وسلم : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »^(٥) ، وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ، ولأن الأب أكمل نظراً وأشد شفقة ، فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجسد ، ولأن الأب بلى ولده في صغره وسفهه وجنونه ، فيليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه ، بخلاف ولاية الابن . ولذلك اختص بولاية المال ، وجاز له أن يشتري لها من ماله ، وله من مالها إذا كانت صغيرة ، بخلاف غيره ، ولأن الولاية احتكام ، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث ، فإنه لا يعتبر له النظر ، ولهذا يرث الصبي والمجنون ، وليس فيه إحتكام ولا ولاية على الموروث ، بخلاف ما نحن فيه .

﴿ مسألة ﴾

٥٠٨٩

قال ﴿ ثم أبوه وإن علا ﴾

يعنى أن الجسد أبا الأب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء ، وهو قول الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الابن مقدم على الجد ، وهو قول مالك ، ومن وافقه ، لما تقدم .
وعن أحمد رواية ثالثة : أن الأخ يقدم على الجد^(٦) وهو قول مالك ، لأن الجد يدل بأبوة الأب ، والأخ يدل ببنتوته والبنوة مقدمة ، وعن أحمد : أن الجد والأخ سواء ، لاستوائهما في الميراث بالتعصيب ، فاستويا في القرابة ، فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين ، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر ، فاستويا في الولاية كالأخوين .

ولنا : أن الجد له إيلاد وتعصيب ، فيقدم عليهما كالأب ، ولأن الابن والأخ يقادان بها ، ويقطعان^(٧) بسرقة مالها ، والجد بخلافه ، لا يسقط في الميراث إلا بالأب ، والأخ يسقط به وبالأب وبابنه ، وإذا ضاق

(١) سورة الأنبياء آية ٩٠ . (٢) سورة آل عمران آية ٣٨ . (٣) سورة مريم آية ٥

(٤) سورة إبراهيم آية ٣٩ . (٥) أخرجه ابن ماجه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه . (ف)

(٦) في المخطوطات التي بين أيدينا : مقدم على الجد .

(٧) قول ابن قدامة في شأن الابن والأخ « ويقطعان بسرقة مالها » مسام عند الحنابلة في الأخ أما الابن إذا

سرق من أمه فلا تقطع يده إلا على ظاهر قول الحرق كما سيأتي . (ف)

المال وفي المسألة جد وأخ سقط الأخ وحده ، فوجب تقديمه عليهما كالأب ، ولتقدمه على العم وسائر العصبات . إذا ثبت هذا فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب ، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم في الميراث^(١) .

﴿مسألة﴾

٥٠٩٠

قال ﴿ثم ابنها وابنه وإن سفل﴾
وجملته: أنه متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ، ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته ، الأقرب فالأقرب منهم ، وبه قال أصحاب الرأي . وقال الشافعي: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم ، أو مولى ، أو حاكماً ، فيلبي بذلك لا بالبنوة ، لأنه ليس بمناسب لها ، فلا يلي نكاحها كخالها ، ولأن طبعه ينفّر من تزويجها فلا ينظر لها .

وانا : ماروت أم سلمة رضى الله عنها أنها لما انقضت عدتها ، أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها ، فقالت : يا رسول الله ، ليس أحد من أوليائي شاهداً قال : « كَيْسٌ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ^(٢) يَكْرَهُ ذَلِكَ » فقالت : قم يا عمر^(٣) فزوِّج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجه ، رواه النسائي . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : لحديث عمر بن أبي سلمة حين تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمه أم سلمة ، أليس كان صغيراً قال : ومن كان صغيراً ليس فيه بيان ، ولأنه عدل من عصبتها ، فثبت له ولاية تزويجها كخالها ، وقولهم : ليس بمناسب لها يبطل بالحاكم والمولى ، وقولهم : إن طبعه ينفّر من تزويجها قلنا : هذا معارض في الفرع ليس له أصل ، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى حاكماً .

إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الأخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته ، لأنه أقوى منه تعصيباً ، وقد استويا في عدم الإيلاد .

﴿مسألة﴾

٥٠٩١

قال ﴿ثم أخوها لأبيها وأمها﴾

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودى النسب ، لكونه أقرب العصبات بعدهم ، فإنه ابن الأب ، وأقواهم تعصيباً ، وأحقهم بالميراث .

(١) في المخطوطة ١٨ وأحقهم بالميراث . (٢) في المخطوطة ٢٠ ، ١٨ : حاضر ولا غائب .

(٣) في الأصول « عمرو » وصوابه « عمر » وترجمته في تهذيب الأسماء للنووى مجلد ١ ج ٢ ص ١٦ . والحديث

في سنن النسائي بشرحه ج ٦ ص ٨٢ ف

٥٠٩٣

﴿ مسألة ﴾

﴿ والأخ للأب مثله ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في الأخ للأبوين والأخ للأب إذا اجتمعا ، فالشهور عنه : أنهما سواء في الولاية ، وبه قال أبو ثور ، والشافعي ، في القديم ، لأنهما استويا في الإدلاء بالجهة التي تستفاد منها العصوبة وهي جهة الأب ، فاستويا في الولاية ، كالوكانا من أب ، وإنما يرجح الأخ في الميراث بجهة الأم ، ولا مدخل لها في الولاية ، فلم يرجح بها ، كالعيمين أحدهما خال ، وابن عم أحدهما أخ من أم .

والرواية الثانية : الأخ من الأبوين أولى ، واختارها أبو بكر ، وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي في الجديد ، وهو الصحيح إن شاء الله ، ولأنه حق يستفاد بالتعصيب ، فقدم فيه الأخ من الأبوين كالإيراث ، وكاستحقاق الميراث بالولاء ، فإنه لا مدخل للنساء فيه ، وقد قدم الأخ من الأبوين فيه وبهذا . يبطل ما ذكرناه للرواية الأولى ، وهكذا الخلاف في بني الإخوة والأعمام وبنينهم .

فأما إذا كان ابنا عم لأب ، أحدهما أخ لأم ، فهما سواء ؛ لأنهما استويا في التعصيب والإرث به ، وقال القاضي : فيهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب ، لأنه يرجح بجهة أمه ، وليس كذلك ؛ لأن جهة أمه يرث بها منفردة ، وما ورث به منفرداً لم يرجح به ، ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين ، وابن عم من أب هو أخ من أم ، فالولاية لابن العم من الأبوين عند من يرى تقديم ولد الأبوين [والله أعلم] .

٥٠٩٣

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم أولادهم وأن سفلوا ، ثم عمومة الأب ﴾

وجملته : أن الولاية بعد من ذكرنا تترتب على ترتيب الإرث بالتعصيب . فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية . فأولادهم بعد الآباء بنو المرأة ، ثم بنو أبيها وهم الأخوة ، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جدتها وهم الأعمام ، ثم بنوهم وإن سفلوا ثم بنو جد الأب وهم أعمام الأب ، ثم بنوهم وإن سفلوا . ثم بنو جد الجد هم بنوهم . وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنى أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه ، لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة ، وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة . فأقربهم أشقاهم . ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم .

٥٠٩٤

(فصل)

ولا ولاية لغير العصبات من الأقارب ، كالأخ من الأم ، والخال ، وعم الأم ، والجد أب الأم ، ونحوهم . نص عليه أحمد في مواضع ، وهو قول الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة . والثانية : إن كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي ، لأنه من أهل ميراثها ، فوليا كمصباتها .

ولنا : ما روى عن علي أنه قال : « إذا بلغ النساء نصّ الحقائق ^(١) فالعصبة أولى » [يعنى] إذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولأنه ليس من عصباتها فأشبهه الأجنبي .

﴿ مسألة ﴾

٥٠٩٥

قال ﴿ ثم المولى المنعم ، ثم أقرب عصبته به ﴾ لا خلاف نعلمه في أن المرأة إذا لم يكن لها عصبية من نسبها أن مولاهما يزوجهما ، ولا في أن عصبية المناسب أولى منه ، وذلك لأنه عصبية مولاته ، يرثها ويمقل عنها عند عدم عصباتها ، فلذلك يزوجهما ، وقدم عليه للمناسبتين كما قدموا عليه في الإرث والعقل . فإن عدم المولى ، أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر ، فعصبته الأقرب منهم فالأقرب ، على ترتيب الميراث ، ثم مولى المولى ، ثم عصبته من بعده كالمرثاء سواء . فإن اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى ، لأنه أحق بالميراث وأقوى في التمتع . وإنما قدم الأب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة ، وفضيلة ولادته ، وهذا ممدوم في أبي المعتق ، فرجع به إلى الأصل .

﴿ مسألة ﴾

٥٠٩٦

قال ﴿ ثم السلطان ﴾ لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عظمهم ^(٢) . وبه يقول مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فالسلطان أولى من لا ولي له » . وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة : « أن النجاشي تزوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده » . ولأن للسلطان ولاية عامة ، بدليل أنه بلى المال ، ويحفظ الأموال ، فكانت له الولاية في النكاح كالأب .

(فصل)

٥٠٩٧

والسلطان ههنا هو الإمام أو من فوضا إليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في وإلى البلد . فقال في موضع : يزوج وإلى البلد . وقال في الرستاق ^(٣) يكون فيه الوالى وليس فيه قاض يزوج : إذا احتاط لها في المهر والكفء أرجوا لا يكون به بأس ، لأنه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث .

(١) نص : بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك ، معناه إذا بلغت من سنّها البالغ الذى يصلح أن تنكح وتخاصم فالعصبة أولى من أمها . والحقاق مصدر الحافة . (على هامش المخطوطة ١٨) وهى المخاصمة للوصول إلى الحق (انظر النهاية لابن الأثير ج ٢ ص ٢٤٤) (٢) الفضل : سيأتى تعريفه .

(٣) الرستاق فارسى معرب والجمع رساتيق ، وهو السواد (تاج العروس ج ٦ ص ٣٧٥) يعنى القرى وما يحيط بها من الأراضى .

وقال في موضع آخر في المرأة إذا لم يكن لها وليّ : فالسلطان المسلط على الشيء . القاضى يقضى في الفروج والحدود والرجم ، وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الأدب والجناية . وقال : ما للوالى ولاية ، إنما هو [إلى] القاضى ^(١) وتناول القاضى الرواية الأولى على أن الوالى أذن له في التزويج، ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يسكن في موضع ولايته فاض ، فكأنه قد فوض إليه النظر فيما يحتاج إليه في ولايته وهذا منها .

(فصل)

٥٠٩٧

وإذا استولى أهل البنى على بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الإمام وقاضيه ، لأنه أجرى مجراه في قبض الصدقات والجزية والخراج والأحكام ، فكذلك في هذا .

(فصل)

٥٠٩٨

واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل ، فقال في موضع : لا يكون ولياً لها ، ولا يزوج ، [حتى] يأتي السلطان ، لأنه ليس من عصباتها ، ولا يعقل عنها ، ولا يرثها ، فأشبهه الأجنبي . وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل : يزوجه هو ، وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسمود : أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان ، وعن الحسن : أنه كان لا يرى بأساً أن يزوجه نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده عن تميم الدارى ، أنه قال : يا رسول الله ، ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال : « هو أولى الناس بمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ » . إلا أن هذا الحديث ضمه أحمد وقال : رواية عبد العزيز ، يعنى ابن عمر بن عبد العزيز ، وليس هو من أهل الحفظ والإتقان ^(٢) .

(فصل)

٥١٠٠

فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان ، فمن أحد ما يدل على أنه يزوجه رجل عدل بإذنها ، فإنه قال في دهقان ^(٣) قرية : يزوج من [لا] ولي لها ^(٤) إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يسكن في الرستاق

(١) في نيل المآرب ص ٥٨ وفي شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨ قال أحمد ، والقاضى أحب إلى من الأخير في هذا . (ف)
(٢) قال الخطابى : وقد احتج البخارى في صحيحه بحديث عبد العزيز هذا ، وأخرج له عن نافع مولى ابن عمر حديث واحدا ، وذكر الحاكم والدارقطنى أن البخارى ومسلما أخرجاه : وقال يحيى بن معين : عبد العزيز بن عمر ابن عبد العزيز ثقة (شرح سنن أبى داود ج ٤ ص ١٨٦) . (ف)

(٣) الدهقان بكسر الدال وضمها : القوى على التصرف مع حدة ، والتاجر ، وزعيم فلاحي المعجم ، ورئيس الإقليم قال ابن السمعاني : هو مقدم قرية أو صاحبها بخمرسان والعراق ، معرب عن الفارسية أنظر (تاج العروس ج ٩ ص ٣٠٦)

(٤) (لا) ساقطة من جميع الأصول . وأثبتناها من نيل المآرب ص ٤٩ ومنتهى الإرادات ج ٣ ص ١٨ جاء فيها « قال أحمد في دهقان قرية أى شيخها يزوج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكفء والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض (ف) .

قاضي . قال ابن عقيل : أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية : أن النكاح لا يقف على ولي ، قال : وقال القاضى : منصوص أحمد يمنع من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مختص بحال عدم الولي والسلطان ، لأنه شرط ألا يكون في الرستاق قاض ، ووجه ذلك : أن اشتراط الولي هنا يمنع النكاح بالكلية ، فلم يجوز كاشتراط المفاسد في حق من لا مناسب لها ، وروى أنه لا يجوز النكاح إلا بولي ، لعموم الأخبار فيه .

﴿ مسألة ﴾

٥١٠١

قال ﴿ ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ، وإن كان حاضراً ﴾ وجملة ذلك : أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً ، مجبراً أو غير مجبر ؛ لأنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه وكل أبا رافع في تزويجه ميمنة ، ووكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة » ، ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبائع ، ولأصحاب الشافعى في توكيل غير الأب والجد وجهان . أحدهما : لا يجوز ، لأنه يلى بالإذن ، فلم يجوز له التوكيل كالوكيل .

ولنا : أنه يلى شرعاً ، فكان له التوكيل كالأب ، ولا يصح قولهم : إنه يلى بالإذن ، فإن ولايته ثابتة قبل إذنها ، وإنما إذنها شرط لصحة تصرفه ، فأشبهه ولاية الحاكم عليها ، ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ، ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها ، فكيف [تنبئ] لفائتها من قبلها ؟

(فصل)

٥١٠٢

ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً . فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه ، والمطلق التوكيل في تزويج من يرضاه أو من يشاء ، قال أحمد رحمه الله في رواية عبد الله ، في الرجل يولى على أخته وابنته يقول : إذا وجدت من ترضاه فزوجها ^(١) ، فتزويجه جائز . ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ، ولا يصح ، فإنه روى أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال : « إذا وجدت لها كفواً فزوجها إياها ولو بشرارك نعلها ، فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضى الله عنه ، فهي أم عمرو بن عثمان » واشتهر ذلك فلم ينكر ؛ ولأنه إذن في النكاح فجاز مطلقاً ، كإذن المرأة ، أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقاً ، والله أعلم .

(فصل)

٥١٠٣

ولا يعتبر في صحة الوكالة إذن المرأة في التوكيل ، سواء كان الموكل أباً أو غيره ، ولا يفتقر إلى حضور شاهدين . وقال بعض الشافعية : لا يجوز لغير المحبر التوكيل إلا بإذن المرأة ، وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل . وحكى عن الحسن بن صالح ^(٢) : أنه لا يصح إلا بمحضرة شاهدين ، لأنه يراد لِحْل الوطاء ، فافتقر إلى الشهادة كالنكاح .

(١) في المخطوطة ١٨ : فزوجه . (٢) من شيوخ يحيى بن آدم صاحب الخراج

ولنا : أنه إذن من الولي في التزويج ، فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا إلى إشهاد كإذن الحاكم ، وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة^(١) ، وهذا التوكيل لا يملك به البضع ، فلم يفتقر إلى إشهاد ، بخلاف النكاح . ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالترسري .

(فصل)

٥١٠٤

ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل . فإن كان للولي الإجماع ثبت ذلك لوكيله ، وإن كانت ولايته ولايته مراجعة احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها ، لأنه نائب ، فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه . وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج ، فيكون المأذون له قائما مقامه .

(فصل)

٥١٠٥

واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله ، هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها ، وهو اختيار الخرقى لقوله : أو وصى ناظرا له في التزويج . وهو قول الحسن ، وحامد بن أبي سليمان ، ومالك وعنه : لا تستفاد بالوصية ، وبه قال الثوري ، والشعبي ، والنخعي ، والحارث العكلي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ، لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعاً ، فلم يجوز أن يوصى بها كالحضنة ، ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها ، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ، ولأنها ولاية نكاح ، فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها ، لأنه يسقط حقهم بوصيته ، وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك .

ولنا : أنها ولاية ثابتة للأب ، فجازت وصيته بها كولاية المال ، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها . في حياته ، فيكون نائبه قائما مقامه ، فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال . (وما ذكره يبطل بولاية المال)^(٢) . فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال ، لأنها إحدى الولايتين ، فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى ، قياساً على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل)

٥١٠٦

فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذى ولاية ، سواء كان مجبراً كالأب ، أو غير مجبر كغيره . ووصى كل ولي يقوم مقامه . فإن كان الولي له الإجماع فكذلك وصيه ، وإن كان محتاج إلى إذنها فوصيه كذلك ، لأنه يقوم مقامه ، فهو كالوكيل .

وقال مالك : إن عين الأب الزوج مَلَكَ الوصي إجبارها ، صغيرة كانت أو كبيرة . وإن لم يمين الزوج وكانت بنته كبيرة ، صحت الوصية واعتُبرَ إذنها . وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجه بإذنها .

(١) في المخطوطة ٢٠ : ليس بوكيل المرأة . (٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ١٨ و ٢٠ .

ولنا : أن من ملك التزويج إذا عُنِّن له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ، ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها ، لأن الوصي قائم مقام الموصي ، فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل .

﴿مسألة﴾

٥١٠٧

قال ﴿ وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها الأبعد من عصبتها ﴾ وجملة ذلك : أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال ، فمعد ذلك يكون وجودهم كعدمهم ، فتثبت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا . وتعتبر اثبوت الولاية لمن سميها ستة شروط : العقل ، والحرية والإسلام والذكورية ، والبلوغ ، والعُدالة ، على اختلاف نذكره . فأما العقل فلا خلاف في اعتباره ، لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمرئى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ، ولا يلي نفسه ، فغيره أولى . وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل ، ومن ذهب عقله بمجنون أو كبير كاشيخ إذ أفند^(١) .

قال القاضي : والشيخ الذي قد ضمه لكبره فلا يعرف . وضع الحفظ لها لا ولاية له . فأما الأغناء فلا يزيل الولاية ، لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ، ولذلك لا تثبت الولاية عليه ، ويجوز على الأنبياء عليهم السلام . ومن كان يحن في الأحيان لم تزل ولايته ، لأنه لا يستديم زوال عقله ، فهو كالأغناء . الشرط الثاني : الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم ، فإن العبد لا ولاية له على نفسه ، فعلى غيره أولى . وقال أصحاب الرأي : يجوز أن يزوجه العبد بإذنها ، بناء على أن المرأة تزوج نفسها . وقد مضى الكلام في هذه المسألة .

الشرط الثالث : الإسلام ، ولا يثبت لكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم أيضاً . قال ابن المنذر : أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا . قال أحمد : بلغنا أن علياً أجاز نكاح الأخ ، ورد نكاح الأب وكان نصرانياً .

الشرط الرابع : الذكورية ، شرط للولاية في قول الجميع ، لأنه يعتبر فيها الكمال ، والمرأة ناقصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها ، فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى .

الشرط الخامس : البلوغ شرط في ظاهر المذهب . قال أحمد : لا يزوج الغلام حتى يحتلم ، ليس له أمر . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وعن أحمد

(١) أفند . من الفند بالتحريك ، وهو الحرف وإنكار العقل لهرم أو مرض . والخطأ في الرأي وأفند : تكلم بالفند . وقالوا للشيخ إذا هرم : قد أفند ، لأنه يتكلم بالحرف من الكلام عن سنن الصحة . . ولا يطلق على المرأة . لأنها لم تكن في شببتها ذات رأى فتفند في كبرها . أنظر (تاج العروس ج ٢ ص ٤٥٤) .

رواية أخرى : أنه إذا بلغ عشرين زوج وتزوج وطلق ، وأجيزت وكالته . وهذا يحتمله كلام الخرق ، لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طملاً . ووجه ذلك : أنه يصح بيعه ووصيته في طلاقه ، فثبت له الولاية كالبالغ . والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح ، لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ، لأنها تنقيد بالتصرف في حق غيره فاعتبرت نظراً له ، والصبي مولى عليه لقصوره ، فلا تثبت له الولاية كالمرأة .

الشرط السادس : العدالة ، وفي كونها شرطاً روايتان .

إحداها : هي شرط . قال أحمد^(١) : إذا كان القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح . فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لانقضاء عدالة المولى له . وهذا قول الشافعي . وذلك لما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : « لا نكاح إلا بوليٍّ مرشدين وشاهدين عدل » . قال أحمد : أصبح شيء في هذا قول ابن عباس ، وقد روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بوليٍّ وشاهدين عدل » ، وأما امرأة أنكحها وليٌّ مَسْخُوطٌ عليه فنكاحها باطل . وروى عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد وشاهدين عدل » ، ولأنها ولاية نظرية فلا يستبعد بها الفاسق ، كولاية المال .

والرواية الأخرى : ليست بشرط . نقل مثني بن جامع ، أنه سأل أحمد : إذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول ؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الخرق ، لأنه ذكر الطفل والعبد والسكران ، ولم يذكر الفاسق . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، لأنه بلى نكاح نفسه ، فثبت له الولاية على غيره كالعدول ، ولأن سبب الولاية القرابة ، وشرطها النظر ، وهذا قريب ناظر فيلبي كالعادل .

(فصل — ل)

٥١٠٨

ولا يشترط أن يكون بصيراً ، لأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ، ولأن المقصود في النكاح يعرف بالسمع . والاستفاضة ، فلا يفتقر إلى النظر . ولا يشترط كونه ناطقاً ، بل يجوز أن بلى الأخرس^(٢) إذا كان مفهوم الإشارة ، لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام ، فكذلك في النكاح .

(فصل — ل)

٥١٠٩

ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله ، لأن وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله الولي في تزويج مؤلّيته لم يجز ، لأنها ولاية ، وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبتها بولاية النسب ، فلأن لا يملك تزويج مناسبتها غيره بالتوكيل أولى .

(١) في المخطوطة ٢٠ قاله أحمد ، وقال

(٢) في المخطوطة ١٨ : أن يليه الأخرس .

ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد ، لأنهم من أهل اللفظ بالعقد ، وعبارتهم فيه صحيحة ، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم ، وإنما سألوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ، ولا حاجة إليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له ، أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير ، فقال أصحابنا : لا يصح أحد طرفي العقد ، فلم يجوز توكيله فيه كالإيجاب ، ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه ، لأنهم من أهله ، ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم ، فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة .

﴿ مسألة ﴾

٥١١٠

قال ﴿ ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة ، فروى عنه أنه يلي نكاحها والى سيدتها^(١) . قال القاضي : هذا هو الصحيح ، وهو مذهب الشافعي ، لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها ، فامتنعت في حقها لقصورها ، فتثبت لأولياؤها كولاية نفسها ، ولأنهم يلونها لو عنت^(٢) ، ففي حال رقها أولى ، ثم إن كانت سيدتها رشيدة لم يجوز تزويج أمتها إلا بإذنها ، لأنها مالها ، ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه .

ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكراً ، لأن صماتها^(٣) إنما اكتفى به في تزويج نفسها لحياتها ، ولا تستحي من تزويج أمتها . وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ، ولولياها ولاية على مالها ، فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها ، وإلا فلا يملك تزويجها . وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير . وقال بعض الشافعية : ليس له تزويجها بحال ، لأن فيه تفريراً بمال الصغير ، لأنها ربما حملت فتلفت .

ولنا : أن له التصرف بما فيه الحظ ، والتزويج ههنا فيه الحظ ، لأن الكلام فيه ، فجاز كسائر التصرفات الجائزة . واحتمل الحظ مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها وولدها ، وكفاية مؤنتها وصياتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ، وبعض^(٤) قيمتها ، والمرجوح كالمعدوم . وإن كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج ، لأنه هو المتصرف في المال ، وهي مال .

الرواية الثانية : أن للمرأة أن تولى أمر أمتهارجلها يزوجها . نقلها عن أحمد جماعة ، لأن سبب الولاية الملك ، وقد تحقق في المرأة ، وامتنعت المباشرة لنقص الأنوثة ، فملك التوكيل كالرجل المريض والغائب .

(١) في جميع الأصول . سيادتها . وما اختارناه أوضح . (٢) أى أمة الحرة .

(٣) في المخطوطة ١٨ : ويعتبر صماتها . (٤) هكذا في النسخ ولعل الأصل « ونقص قيمتها » .

ونقل عن أحد كلام يحتمل رواية فائقة وهو : أن سيدتها تزوجها ، فإنه قيل له : تزوج أمتها ؟ قال قد قيل ذلك ، هي مالها . وهذا يحتمل أنه ذهب إليه ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنها مالكة لها ، وولايتها تامة عليها ، فملك تزويجها كالسيد ، ولأنها تملك بيعها وإجارتها ، فملك تزويجها كسيدها ، ولأن الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية ، وصيانة لحظ الأولياء في تحصيلها ، فلا تثبت عليها الولاية في أمتها ، لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للأولياء فيها .

ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية لمذهب غيره ، فإنه قال في سياقه : أحب إلى أن تأمر زوجها ، لأن النساء لا يعقدن ، وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا تُنْكِحُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ » . وقالت عائشة رضي الله عنها « زَوَّجُوا فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يَزَوِّجْنَ ، وَاعْقِدُوا فَإِنَّ النِّسَاءَ لَا يَعْقِدْنَ » . ولأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها فغيرها أولى .

﴿ مسألة ﴾

٥١١١

قال ﴿ ويزوج مولاتها من يزوج أمتها ﴾

بمعنى : عتيقتها ، وهذه فيها روايتان .

أحدهما : أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلا ، لأنها عصبتها وترشها بالتعصيب ، فأشبهت المعق .
والثانية : ولي سيدتها وليها ، وهي الأصح ، لأن هذه ولاية نكاح حرة ، والمرأة ليست من أهل ذلك ، فيكون إلى عصبتها ، لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها ، فكانوا أولياءها كما لو تعذر على المعق تزويج معتقه لموت أو جنون . وقد ذكرنا : أنه إذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعق ، ثم عصباته من بعد ، الأقرب فالأقرب ، كذا همنا . إلا أن ظاهر كلام الخرق همنا : تقديم أبي حنيفة الممتقة على ابنها ، لأنه الذي زوجها ، وذكرنا ثم خلاف هذا ، ويعتبر في ولاته شرطان .
أحدهما : عدم العصبة من النسب ، لأن المناسب أقرب من المعق وأولى منه .

الثاني : إذن الزوجة ، لأنها حرة وليست له ولاية إجبار ، فإنه أبعد العصبات ، ولا يفتقر إلى إذن مولاتها ، لأنها لا ولاية لها ولا ملك . فأشبهت قريب الطفل إذ زوج البعيد .

(فصل)

٥١١٢

وإذا كان للأمة مولى فهو وليها ، وإن كان لها موليان فالولاية لها ، وليس لواحد منهما الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه ، لأنه لا يملك إلا نصفها . وإن اشتجرا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما ، لأن تزويجها تعرف في المال ، بخلاف الحرة ، فإن نكاحها حق لها ، ونفعه عائد إليها ، ونكاح الأمة حق لسيدها ، ونفعه عائد إليه ، فلم تثبت للسلطان ولاية عنه فيه . فإن أعتقها ولها عصبة مناسبة فهو أولى منهما ، وإن لم يكن لها عصبة فهي وليها ، ولا يستقل أحدهما بالتزويج ، لأن ولايته على نصفها . فإن اشتجرا أمام

الحاكم قام الحاكم مقام الممتنع منهما ، لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقاً لها . وإن كان المعتق أو المعتقة واحداً ، وله عصابات في درجة واحدة ، كالأبنين أو الأخوين ، فلا أحدهما الاستقلال بتزويجهما ، كما يملك تزويج سيدها .

﴿ مسألة ﴾

٥١١٣

قال ﴿ من أراد أن يتزوج امرأة حر وإياها جعل أمرها إلى رجل يزوجه منه بإذنها ﴾ وجملة : أن ولي المرأة التي جعل له نكاحها ، وهو ابن العم ، أو المولى ، أو الحاكم ، أو السلطان ، إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان : إحداهما : له ذلك ، وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، وربيعه ، ومالك ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وابن المنذر . لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة قارظ ^(١) : « أتجملين أمرك إلي ؟ قالت : نعم . قال : قد تزوجتك » ، ولأنه يملك الإيجاب والقبول ، فجاز أن يتولاهما ، كما لو زوج أمته عبده الصغير ، ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية ، والقبول من زوج هو أهل للقبول ، فصح كما لو وجد من رجلين . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أعتق صفيّة ، وجعل عتقها صداقها » .

فإن قيل : قد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « كل نكاح لم يخضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » . قلنا : هذا لا نعلم صحته ، وإن صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير ، فيخص منه محل النزاع أيضاً ، وهل يفتقر إلى ذكر الإيجاب والقبول ، أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة ، وقبلت هذا النكاح ، لأن ما يفتقر إلى الإيجاب يفتقر إلى القبول كسائر العقود .

والثاني : يكفي أن يقول : زوجت نفسي فلانة ، أو تزوجت فلانة : وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، لحديث عبد الرحمن ابن عوف ، ولأن إيجابه يتضمن القبول ، فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء . ولهذا قلنا إذا قال لأمته : قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ، يندم النكاح بمجرد هذا القول .

والرواية الثانية : لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ، واسكن يوكل رجلاً يزوجه إياها بإذنها . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور : لا يزوج نفسه حتى يولي رجلاً ، لحديث المغيرة بن شعبة ، وهو ما روى

(١) في الأصول : قارظ والصواب من شرح القسطلاني للبخاوي ج ٨ ص ٥١ (ف) .

أبو داود بإسناده عن عبد الملك ابن عمير ، أن المغيرة بن شعبة أمر رجلاً زوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد ملكه بالإذن ، فلم يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع . وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير . وعلى هذه الرواية إن وكل من يقبل له العقد ، وتولى هو الإيجاب جاز .

وقال الشافعي في ابن العم والمولى : لا يزوجهما إلا الحاكم ، ولا يجوز أن يتولى طرفيه كالبيع ، ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة ، وهذا عقد ملكه بالإذن ، فلا يتولى طرفيه كالبيع . ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء ، لأنه لا ولاية لهم مع وجوده .

وانسا : ما ذكرناه من فعل الصحابة ، ولم يظهر خلافه ، ولأن وكيله يجوز أن يلى العقد عليها لغيره ، فصح أن يليه عايتها له إذا كانت تحمل له كالإمام إذا أراد أن يزوجه موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير حاضر ، فلم يلبسها الحاكم كالأول أراد أن يزوجه غيره . ومفهوم قوله عليه السلام : «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه .

(فصل)

٥١١٤

وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجه نفسه ، لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ، ويجوز تزويجها لولده ، لأنه غيره . فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولى طرفي العقد . فإن قلنا : لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجه لولده ، وقبل هو النكاح له ، افتقر إلى إذنها للوكيل ، على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجهما إلا بإذنها . وإن وكل رجلاً يقبل لولده النكاح ، وأوجب هو لم يحتج إلى إذنها ، لأنها قد أذنت له .

(فصل)

٥١١٥

وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد ، لأنه مالك ذلك بحكم الملك ، لا بحكم الإذن في قولهم جميعاً ، وإن كان ماله لأحد طرفي العقد فوكله مالك الطرف الآخر فيه ، أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول ، خرج فيه وجهان بناء على الروايتين ، لأنه مالك ذلك بالإذن . إن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجوز ذلك إلا برضاها ، لأنه لا يكاد يكافئها ، فيخرج فيه أيضاً وجهان . وإن زوج ابنته الصغيرة لم يجوز ، لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها . وعنه يجوز ، وسند ذلك إن شاء الله تعالى .

﴿مسألة﴾

٥١١٦

قال ﴿ولا يزوّج كافر مسلمة بحال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيد أمة﴾ .

(١) في نسخة الصغيرة .

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة بحال بإجماع أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وقال أبو الخطاب في الذمي إذا أسلمت أم ولده : هل يلى نكاحها ؟ على وجهين .

أحدهما : بليه ، لأنها مملوكة ، فيلى نكاحها كالمسلم ، ولأنه عقد عليها فيليه كإجارتها .

والثاني : لا بليه ، لقول الله تعالى : « الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ »^(١) ولأنها مسلمة فلا يلى نكاحها كابنته . فعلى هذا يزوجها الحاكم ، وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع . وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان ، وولى سيد الأمة الكافرة ، وذلك لقول الله تعالى : « وَالَّذِينَ كَفَرُوا بِمَعْضُومِ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ »^(٢) . ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ، ولا يعقل عنه ، فلم يلى عليه ، كما لو كان أحدهما رقيقا .

أما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكافر ، لكونها لا تحل للمسلمين ، وكذلك ولى سيد الأمة الكافرة يلى تزويجها لكافر ، لأنها ولاية بالمال ، فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً كسائر الولايات ، ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ، ولا ولى لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية على من لا ولى لها من أهل الذمة ، لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، وهذه من أهل الدار ، فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة . وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتمدة في المسلمين ، ويخرج في اعتبار عدالته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين .

(فصل)

٥١١٧

إذا تزوج المسلم ذمية فولياها الكافر يزوجها إياه ، ذكره أبو الخطاب ؛ وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، رضى الله عنه ، لأنه وإياها فصحت تزويجهما ، كما لو تزوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة ، ولها ولى مناسب فلم يجوز أن يليها غيره ، كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي : لا يزوجها إلا الحاكم ، لأن أحمد قال : لا يعقد يهودى ولا نصرانى عقد نكاح مسلم ولا مسلمة . ووجهه : أنه عقد يقتدر إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر ، كنكاح المسلمين . والأول أصح ، والشهود يرادون لإثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية .

(١) سورة التوبة آية ٧١ .

(٢) سورة الأتفال آية ٧٣ .

٥١١٨

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضراً ولم يعضلها فالتكاح فاسد ﴾
هذه المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة :

أحدها : أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه لم يصح .
وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : يصح لأن هذا ولي له أن يزوجه بإذنها كالأقرب .
ولنا : أن هذا مستحق بالتمصيب ، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب كالسيرات ، وبهذا فارق
القريب البعيد .

الحكم الثانى : أن هذا العقد نكاح فاسد لا يقف على الإجازة ، ولا يصير بالإجازة صحيحاً ، وكذلك
الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر بإذنها بغير إذنها ، أو تزوج العبد بغير إذن سيده ،
فالتكاح فى هذا كله باطل فى أصح الروايتين . نص عليه أحد فى مواضع ، وهو قول الشافعي ، وأبى
عبيد ، وأبى ثور .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه يقف على الإجازة ، فإن أجازته جاز ، وإن لم يجزه فسد . قال أحمد فى صغير
زوجه عمه : فإن رضى به فى وقت من الأوقات جاز ، وإن لم يرض فسخ . وإذا زوجت القيمة فلها الخيار إذا
بلغت . وقال : إذا زوج العبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد ، فإن
أذن فى التزويج فالطلاق بيد العبد . وهذا قول أصحاب الرأى فى كل مسألة يعتبر فيها الإذن . وروى ذلك
فى النكاح بغير ولي عن على بن أبى طالب ، وعن ابن سيرين ، والقاسم بن محمد ، والحسن بن صالح ،
وإسحاق ، وأبى يوسف ، ومحمد^(١) ، لما روى أن جارية بكراً أنت النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له
أن أباه زوجها وهى كارهة ، فغيرها النبى صلى الله عليه وسلم ، رواه أبو داود ، وابن ماجه .

وروى أن فتاة أنت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى من ابن أخيه ليرفع بى خسيسته ،
قال : فجعل الأمر إليها . فقالت قد أجزت ما صنع أبى ، ولكنى أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً .
رواه ابن ماجه والنسائى ، وفى رواية ابن ماجه : « أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر
شيء » ، ولأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها
باطل »^(٢) . وقال : « إذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل » . رواه أبو داود وابن ماجه .

(١) هنا تقديم وتأخير فى الأسماء فى المخطوطة ١٨ .

(٢) أخرجه أبو داود وليس فيه (نفسها) ج ١ ص ٤٨١ (ف) .

إلا أن أبا داود قال : إنه موقوف^(١) على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث وغيرها ، فلم ينفقه كنفكاح المعتدة .

فأما حديث المرأة التي خيرها النبي صلى الله عليه وسلم فهو مُرْسَل عن عكرمة ، رواه الناس كذلك ولم يذكره ابن عباس^(٢) ، قاله أبو داود^(٣) . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت : « زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته » ، فتخيرها لتزويجها من غير كفنها ، وهذا يثبت الخيار ، ولا يبطل النكاح . والوصية يترأخى فيها القبول ، وتجاوز بعد الموت ، فهي معدول بها عن سائر التصرفات ، ولا تفريع على هذه الرواية لوضوحها .

فأما على الرواية الأخرى فإن الشهادة تعتبر في العقد . لأنها شرط له ، فيعتبر وجودها معه كاقبول ، ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ، ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد ، حتى لو كان في العقد نماء ملك من حين العقد لا من حين الإجازة . وإن مات أحدها قبل الإجازة لم يرثه الآخر ، لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفيه وجه آخر : إن كان مما لو رفع إلى الحاكم أجازته ورثه الآخر . لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح ، وإن كان مما يفسخه لم يرثه .

(فصل)

٥١١٩

ومنى تزوجت المرأة بغير إذن وليها ، أو الأمة بغير إذن سيدها ، فقد ذكره أصحابنا من جملة الصُّوَر التي فيها الروايتان . والصحيح عندي : أنه لا يدخل فيها ، لتصريح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالبطلان ، ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في محله ، فإن المرأة ليست أهلا له ، بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الإذن المقارن ، فلائن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ، ولا تفريع على هذا . فأما على القول الآخر : فتى تزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته ، والأمر فيه إلى الولي ، فتى رده بطل ، لأن من وقف الحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا زوجت بغير إذنها .

(١) قال أبو داود : هذا الحديث ضعيف وهو موقوف . وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما (ج ١ ، ص ٤٨٠) (ف) .

(٢) في المخطوطة ٢٠ و لم يذكره عن ابن عباس .

(٣) روى أبو داود ج ١ ص ٤٨٣ عن عكرمة عن ابن عباس : أن جارية بكراأت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم . وذكر سند آخر عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : ولم يذكر ابن عباس ، وهكذا رواه الناس سريلا . (ف) .

وفيه وجه آخر : أنه إذا كان الزوج كفؤاً أسره الحاكم الولي بإجازته ، فإن لم يفعل أجازته الحاكم ، لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلاً ، فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجزى فالمر واحد . إما المسمى ، وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى ، لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد ، فيثبت الحل والمالك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد .

ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ، ثم خرجت من ماله قبل الإجازة إلى من تحمل له انفسخ النكاح ، لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها ، ولأشها أقوى فأزالت الأضمة ، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه . وإن خرجت إلى من لا تحمل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً ، لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص لم يحز بإجازة غيره ، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك ، فأجاز المشتري الثاني بيع الأجنبي .

وفيه وجه آخر : أنه يجوز بإجازة المالك الثاني ، لأنه يملك ابتداء العقد فملك إجازته كالأول . ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره . فأما إن أعتقها السيد احتتمل أن يجوز النكاح ، لأنه إنما وقف لحق المولى ، فإذا أعتق سقط حقه ، فصح العقد . واحتتمل ألا يجوز ، لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة ، ولأن حق المولى إن بطل من المالك فلم يبطل من ولاية التزويج ، فإنه يليها بالولاء .

(فصل)

٥٢٠٠

وإذا زُوِّجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها ، وقلنا : يقف على إجازتها ، فأجازتها بالنطق ، أو ما يدل على الرضى من التمكن من الوطء ، أو المطالبة بالمهر والنفقة . ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب ، لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ، ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة : « إِنْ وَطِئَكَ زَوْجُكَ فَلَا خِيَارَ لَكَ ^(١) » جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقه . والمطالبة بالمهر والنفقة ، والتمكين من الوطء دليل على الرضى ، لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح ، فوجوده من المرأة دليل رضاها به .

الحكم الثالث : إذا عضلها الولي الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد . نص عليه أحمد . وعنه رواية أخرى تنقل إلى السلطان ، وهو اختيار أبي بكر . رذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وشريح ، وبه قال الشافعي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالْسلطانُ وليٌّ من لا وليَّ له » . ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه ، فقام الحاكم مقامه ، كما لو كان عليه دين وامتنع من قضاؤه .

ولنا : أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب ، فلأه . الأبعد كما لو جن ، ولأنه يفسق بالعزل ، فتنتقل

(١) أخرجه الدارقطني ورواه أبو داود ج ١ ص ٥١٨ عن عائشة بلفظ « إن قربك فلا خيار لك » (ف) .

لولاية عنه كما لو شرب الخمر . فإن عضل الأولياء كلهم زَوَّجَ الحاكم ، والحديث حجة لنا لقوله : « السلطانُ وليٌّ من لا وليَّ له » . وهذه لها ولي ، ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل ، لأن قوله « فإن اشْتَجَرُوا » ضمير جمع يتناول الكل . والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة .

أحدها : أنها حق للولي ، والدين حق عليه .

الثاني : أن الدين لا ينتقل عنه ، والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته .

الثالث : أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة ، والولاية يعتبر لها ذلك ، وقد زالت العدالة بما ذكرنا . فإن قيل : فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه . قلنا : فسقه بامتناعه ، فإذا أجاب فقد نزع عن المصية وراجع الحق ، فزال فسقه ، فلذلك صح تزويجه ، والله أعلم .

(فصل)

٥٢٠١

ومعنى العضل : منع المرأة من التزويج بكفئتها إذ طلبت ذلك ، ورغب كل واحد منهما في صاحبه . قال معقل بن يسار : « زَوَّجْتُ أَخْتِي مِنْ رَجُلٍ فَطَلَّقَهَا ، حَتَّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا ، فَقُلْتُ لَهُ : زَوْجَتِكَ وَأَفْرَسْتِكَ وَأَكْرَمَتِكَ فَطَلَّقْتُهَا ، ثُمَّ جِئْتَ تَخْطُبُهَا ، لَا وَاللَّهِ لَا نَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا ، وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تَرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى هَذِهِ الْآيَةَ : « وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ » فَقُلْتُ : الْآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : فَزَوِّجْهَا إِيَّاهُ ^(١) . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ . وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه ، وبهذا قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد . وقال أبو حنيفة : لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها ، لأن عليهم في ذلك عاراً ، وفيه ضرراً على نساءها انقص مهر مثلهن .

ولنا : أن المهر خالص حقها ، وعوض يختص بها ، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كمنع عبدها ، وأجرة دارها ، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله ، فبعضه أولى ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل أراد أن يزوجه : « التمس ولو خاتماً من حديد » وقال لامرأة زُوِّجَتْ ببنعلين : « أَرْضَيْتِ بِنَعْلَيْنِ مِنْ أَنْفُسِكَ ؟ » قالت : نعم . فأجازها النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢) ، وقولهم : فيه عار عليهم ليس كذلك ، فإن عمر قال : « لو كان مكرومة في الدنيا ، أو نقوى عند الله ، كان أولاً كم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم » : يعني غلوة الصداق . فإن رغبت في كفاء بعينه ، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها ، وامتنع من تزويجها من الذي أراده كان عاضلاً لها . فأما إن طلبت التزويج بغير كفئتها فله منعها من ذلك ، ولا يكون عاضلاً

(١) انظر صحيح البخاري ج ٧ ص ١ ، باب « لانكاح إلا بولي » . (ف)

(٢) رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَةَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ عَنْ عَامِرِ بْنِ رَبِيعَةَ . (ف)

لها بهذا ، لأنها لو زوجت من غير كفئها كان له فسخ النكاح ، فلأن تمتنع منه ابتداءً أولى .

﴿مسألة﴾

٥١٢٢

قال ﴿ وإذا كان وليها غائباً في موضع لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، زوجها من هو أبعد منه من عصبتها ، فإن لم يكن فالسلطان ﴾
السلام في هذه المسألة في فصلين .

(أولها - - - - -)

٥١٢٣

أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة فللاً بعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : زوجها الحاكم ، لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته ، فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ، ولأن الأبعد محبوب بولاية الأقرب ، فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح .

ولنا : قوله عليه السلام : « السلطان ولي من لا ولي له » وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها ، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه ، فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات ، كما لو جن أو مات ، ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب ، فكان ذلك للأبعد كالأصل ، وإذا عضلها الأقرب فهو كمسألتنا .

(الفصل الثاني)

٥١٢٤

في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها . ففي قول الخرق : هي من لا يصل إليه الكتاب ، أو يصل فلا يجيب عنه ، لأن مثل هذا تعذر مراجعته بالكيفية ، فتكون منقطعة ، أي ينقطع من إمكان تزويجها ، وقال القاضي : يجب أن يكون حد المسافة ألا ترد التوافل فيه في السنة إلا مرة ، لأن الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها ، فيأحق الضر بترك تزويجها .

وقد قال أحمد في موضع : إذا كان الأب بعيد السفر يزوّج الأخ ، قال أبو الخطاب : فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة ، لأن ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام ، وذهب أبو بكر إلى أن حداها ما لا يقع إلا بكلفة ومشقة ، لأن أحمد قال : إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا ، إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلفة ومشقة ، فالسلطان ولي من لا ولي له ، وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب ، فإن التحديدات بابها التوقيف ، ولا توقيف في هذه المسألة ، فتد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ، ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله ، فإنه يتعذر في ذلك الوصول إلى المصلحة من نظر الأقرب ، فيكون كالمعدوم ، والتحديد بالعام كبير ، فإن الضرر

يلحق بالانتظار في مثل ذلك ، ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل الكتاب منه أبداً ، ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكانته ، والتوسط أولى ، والله أعلم .

واختلاف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة ، فقال بعضهم كقول القاضي . وبعضهم قال : من رأى إلى بغداد . وبعضهم قال : من البصرة إلى الرقة . وهذان القولان يشبهان قول أبي بكر . واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم ، فقال بعضهم : مسافة القصر ، وقال بعضهم : يزوجها الحاكم وإن كان الولي قريباً ، وهو ظاهر نص الشافعي . وظاهر كلام أحمد : أنه إذا كانت الغيبة منقطعة أنه ينتظر ويراسل ، حتى يقدم أو يوكل .

(فصل)

٥١٢٥

وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة لا تمكن مراجعته فهو كالبعيد ، فإن البعد لم يعتبر لعينه ، بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره ، وهذا موجود ههنا ، ولذلك إن كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد ، أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه ، فهو كالبعيد .

(مسألة)

٥١٢٦

قال ﴿ وإذا زوّجت من غير كفء فالنكاح باطل ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح ، فروى عنه : أنها شرط له . قال : إذا تزوج المولى العربية فُرّق بينهما . وهذا قول سفيان . وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب : ما هو بكفء لها : يفرق بينهما . وقال لو كان للزوج حائكا فرقت بينهما ، لقول عمر رضي الله عنه : « لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » . رواه الخلال بإسناده .

وعن أبي إسحاق الهمداني قال : « خرج سلمان وجريز في سفر ، فأقيمت الصلاة ، فقال جريز لسلمان : تقدم أنت ، قال سلمان : بل أنت تقدم ، فإنكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم » ، ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه ، فلم يصح كالأولياء بغير إذنها .

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَا تُنْكَحُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنْ الْأَكْفَاءِ ، وَلَا تُزَوِّجُوهُنَّ إِلَّا مِنْ الْأَوْلِيَاءِ » . رواه الدارقطني . إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ، ولا يحتاج بمثله .

والرواية الثانية عن أحمد : أنها ليست شرطاً في النكاح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى نحو هذا عن عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبد العزيز ، وعبيد بن عمير ، وحماد بن أبي سليمان ، وابن سيرين ، وابن عون ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . لقوله تعالى : « إِنْ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ » (م . هـ . - المني - ساج)

وقالت عائشة رضى الله عنها : « إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة تبني سالماً ، وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة ، وهو مولى لامرأة من الأنصار » . أخرجه البخارى . « وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه ، فنكحها بأمره » . متفق عليه . وزوج أباه زيد بن حارثة ابنة عمته « زينب بنت جحش الأسدية » ، وقال ابن مسعود لأخته : « أنشدك الله أن تزوجى إلا مسلماً ، وإن كان أحمر رومياً ، أو أسود حبشياً » ، ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة ، أو الأولياء ، أو لها ، فلم يشترط وجودها كالسلامة من العيوب .

وقد روى أن أبا هند حجج النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم . « يَا بَنِي بَيَاضَةَ أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِ » . رواه أبو داود ^(١) ، إلا أن أحمد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

والصحيح : أنها غير مشترطة ، وما روى فيها يدل على اعتبارها في الجملة ، ولا يلزم منه اشتراطها . وذلك لأن الزوجة وكل واحد من الأولياء له فيها حق ، ومن لم يرض منهم فله الفسخ ، ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خبيثته ، جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار ، فأجازت ما صنع أبوها ، ولو فقد الشرط لم يسكن لها خيار . فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقد ، فإن عدمت بعده لم يبطل النكاح ، لأن شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد ، وإن كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد ، حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى ، فإن قلنا : ليست ^(٢) شرطاً فرضيت للمرأة والأولياء كلهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله ، أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن أحمد وقولان للشافعى .

أحدهما : أنه باطل ، لأن الكفاءة حق لجميعهم ، والماعقل متصرف فيها بغير رضام ، فلم يصح كتصرف الفضولى .

والثانية : هو صحيح ، بدليل أن المرأة التي رفعت إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، أن أباه زوجها من غير كفئها خيرها ، ولم يبطل النكاح من أصله ، ولأن العقد وقع بالإذن ، والنقص الموجود فيه لا يمنع

(١) رواه أبو داود ج ١ ص ٤٨٤ - ورواه أيضاً الحاكم بسند جيد . (ف)

(٢) في شرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٢٦ « الشرط الخامس كفاءة الزوج على رواية . فتكون الكفاءة حقاً لله تعالى ولها ولأولياءها كلهم ، فلو رضيت مع أوليائها بتزويج غير كفء لم يصح النكاح . وعلى رواية أخرى أنها شرط لزوم لا للصحة . فيصح النكاح مع فقد الكفاءة » انتهى . وعلى هذا فقد ذكر المغنى روايتين : الأولى تتمشى مع القول بأن الكفاءة شرط صحته ، والأخرى تتمشى مع القول بأنها شرط لزوم . (ف)

صحته ، وإنما ثبت الخيار كالعيب من المنة وغيرها ، فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وبهذا قال الشافعى ، ومالك . وقال أبو حنيفة : إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء لم يكن لباقي الأولياء فسخ ، لأن هذا الحق لا يتجزأ ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه ، فسقط جميعه كالقصاص .

ولنا : أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه ، فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي . فأما القصاص فلا يثبت الكل واحد كاملاً ، فإذا سقط بعضه تعذر استيفاؤه ، وههنا بخلافه ، ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقيون عندم الاعتراض ، مع أنه خالص حقها ، فههنا — مع أنه حق لهم — أولى ، وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين ، فإن زوج الأقرب^(١) مثل أن يزوج الأب بغير كفء ، فإن للاخوة الفسخ . قال مالك والشافعى : ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب ، لأنه لاحق للأبعد معه ، فرضاؤه لا يعتبر .

ولنا : أنه ولى في حال يلحقه المار بفقد الكفاءة ، فلاك الفسخ كالمساويين .

﴿ مسألة ﴾

٥١٢٧

قال ﴿ والكفء : ذو الدين والمنصب ﴾

يعنى بالمنصب : الحسب ، وهو : النسب ، واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة ، فعنه : هما شرطان : الدين ، والمنصب . وعنه أنها خمسة : هذان ، والحرية ، والصناعة ، واليسار .

وذكر القاضى في المجرد : أن فقد هذه الثلاثة^(٢) لا يبطل النكاح رواية واحدة . وإنما الروايتان في الشرطين الأولين . قال : ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لاغير ، لأنه نقص لازم ، وما عداه غير لازم ، ولا يعمدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط ، وذكره أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لاغير . قال ابن عبد البر : هذا جملة مذهب مالك وأصحابه . وعن الشافعى كقول مالك ، وقول آخر : أنها الخمسة التى ذكرناها ، والسلامة من العيوب الأربعة^(٣) ، فتكون ستة . وكذلك قول أبي حنيفة ، والنورى ، والحسن بن حى ، إلا فى الصناعة والسلامة من العيوب الأربعة . ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر ممة الصبيان ، فلا يكون كفؤاً ، لأن الغالب على الجند الفسق ، وبعد ذلك نقصاً . والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى : « أَقْمَنَ كَانَ مُؤْمِنًا كَذَنَ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ » ، ولأن الفاسق مردول مردود الشهادة والرواية ، غير مأمون على النفس والمال ، مسلوب الولاية ، ناقص عند الله وعند خلقه ، قليل الحظ فى الدنيا والآخرة ،

(١) فى الأصول للطبوعة : فزوج الأقرب . (٢) يعنى الحرية والصناعة واليسار .

(٣) هى : الجب ، والخصاء ، والعنة ، والمرض للزمن المنفر كالجذام .

فلا يجوز أن يكون كفوًا لعفيفة ، ولا مساويًا لها ، لكن يكون كفوًا لمثله . فأما الفاسق من الجنود فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات .

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر : لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء . قال : قلت : وما الأكفاء ؟ قال : في الأحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ، ويأثرون من نكاح الموالى ، ويرون ذلك نقصاً وعاراً ، فإذا أطاقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ، ولأن في فقد ذلك عاراً ونقصاً ، فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين .

(فصل)

٥١٢٨

اختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها ، وغير بني هاشم لا يكافئهم . وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعى ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل واصطفى من كنانة قريشاً واصطفى من قريش بني هاشم . واصطفاني من بني هاشم »^(١) . ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقريش أخص به من سائر العرب ، وبني هاشم أخص به من قريش . وكذلك قال عثمان ، وجبير بن مطعم : إن إخواننا من بني هاشم لا ننكر فضاهم عايها ، لمكانك الذى وضعك الله به منهم^(٢) .

وقال أبو حنيفة : لا تكافى العجم ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء ، لأن ابن عباس قال : قريش بعضهم أكفاء بعض .

والرواية الثانية عن أحمد : أن العرب بعضهم لبعض أكفاء ، والعجم بعضهم لبعض أكفاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان ، وزوج أبا العاصى بن الربيع زينب ، وهما من بني عبد شمس ، وزوج على عمر ابنته أم كلثوم ، وتزوج عبد الله بن عمر بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن على ، وتزوج المصعب ابن الزبير أختها سكينه ، وتزوجها أيضاً عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام ، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطلب ، ابنة عم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس ، وهما كنديان ، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس ، وهى من قريش ، ولأن العجم والموالى بعضهم لبعض أكفاء ، وإن تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض ، وكذلك العرب .

(١) أخرجه مسلم عن وائلة بن الأسقع . (ف)

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى عن جبير بن مطعم « وضع النبي صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى

في بني هاشم وبني المطلب ، وترك بني نوفل وبني عبد شمس . (ف)

٥١٢٩

(فصل)

فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة ، فلا يكون العبد كفؤاً لحره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى ، لأن نقص الرق كبير ، وضرره بين ، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا يتفق نفقة المومنين ، ولا يتفق على ولده ، وهو كالمدموم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لَوْ رَاجَعْتِيهِ » . قالت . يا رسول الله ، أتأمرني ؟ قال « إِنْ بَأْسًا أَشْفِيعِ » . قالت فلا حاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء لنكاح ، فإنه قد انفسخ نكاحها باختيارها ، ولا يشفع إليها النبي صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح .

٥١٣٠

(فصل . فأما اليسار ففيه روايتان)

إحدهما : هو شرط في الكفاءة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « الْحَسَبُ لِلْمَالِ » ^(١) وقال : « إِنْ أَحْسَبَ النَّاسُ يَدَيْهِمْ فِي هَذَا الدُّنْيَا هَذَا الْمَالِ » ^(٢) . وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها : « أُمَّا مُعَاوِيَةُ فَصَمْلُوكَ لَا مَالَ لَهُ » ^(٣) . ولأن على المومنة ضرراً في إفسار زوجها ، لا خلاله بنفقتها ، ومؤنة أولادها ، ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة ، فكذلك إذا كان مقارناً ، ولأن ذلك معدود نقصاً في عرف الناس ، ويتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ ، قال نُبَيْه بن الحجاج السهمي :

سألتني ^(٤) الطلاق أن رأيتني قل مالى قد جئتني بفكر
ويكأن من له نسب يحجب ومن بفقير يعيش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب .

والرواية الثانية : ليس بشرط ، لأن الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « اللَّهُمَّ أَخِنِي مِسْكِينًا وَأَمِيتِي مِسْكِينًا » ^(٥) وليس هو أمراً لازماً ، فأشبهه العافية من المرض . واليسار المعتبر ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها ، ويمكنه أداء مهرها .

- (١) أخرجه أحمد والترمذي وصححه من حديث ممرة . (ف) (٢) أخرجه أحمد والنسائي من حديث بريدة (ف)
(٣) أخرجه أبو داود عن فاطمة بنت قيس ج ١ ص ٥٣٢ . وأخرجه مسلم عنها ج ٣ ص ١١٩ بلفظ « أما معاوية فرجل شرب لا مال له » . (ف)
(٤) في المطبوعة سألتني . والروى سألتني على أنه مهموز خفيف أو أنه لغة . ونسب البيت في سمط الآلى . ج ١ ص ٣٩٥ لزيد بن عمرو بن ثعلب . لكن البيت الثاني ذكر منسوباً لنبيه في لسان العرب ج ١٥ ص ٤٩ هكذا (ويك أن) قال النسائي : هو ويك ، أدخل عليه أن ومعناه : ألم تر وقال الخليل : هو : وي ، ثم بدأ فقال : كأن البيت (ف)
(٥) أخرجه الترمذي عن أنس . (ف)

٥١٣١

(فصل)

فأما الصناعة ففيها روايتان أيضاً . إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدينية كالخائف والحجام ، والحارس ، والكساح^(١) ، والدباغ ، والقيم ، والحمائي ، والزبال ، فليس بكفء لبنات ذوى المروات ، أو أصحاب الصنائع الجليلة ، كالتيجارة ، والبنية ، لأن ذلك نقص في عرف الناس ، فأشبهه نقص النسب ، وقد جاء في الحديث : « العَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءُ إِلَّا حَائِكًا أَوْ حَجَّامًا »^(٢) . قيل لأحمد رحمه الله : وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال : العمل عليه ، معنى : إنه ورد موافقاً لأهل العرف ، وروى أن ذلك ليس بنقص ، ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لأن ذلك ليس بنقص في الدين ، ولا هو لازم ، فأشبهه الضعف والمرض ، قال بعضهم :

إِلَّا إِمَامًا التَّقْوَى هِيَ الْعِزُّ وَالْكَرَمُ وَحُبُّكَ لِلدُّنْيَا هُوَ الدَّلُّ وَالسَّقَمُ
وَلَيْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقْوَى نَقِيصَةٌ إِذَا حَقَّقَ التَّقْوَى وَإِنْ حَاكَ أَوْ حَجَّمَ

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة ، فإنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها ، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء ، لأن ضرره مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المذموم والأبرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

٥١٣٢

(فصل)

من أسلم أو علق من المبيد فهو كفء لمن له أبوان في الإسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة : ليس بكفء ، وليس بصحيح ، فإن الصحابة رضوا الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الأمة فلا يجوز أن يقال : إنهم غير أكفاء للتابعين .

٥١٣٣

(فصل)

فأما ولد الزنا فيعتمد لا يكون كفواً لذات نسب ، فإن أحمد رحمه الله ذكر له : أنه ينكح وينكح إليه ، فكأنه لم يجب ذلك ، لأن المرأة تعير به ، هي ووليها ، ويتمدى ذلك إلى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعربية فلا إشكال فيه ، لأنه أدنى حالا من المولى .

٥١٣٤

(فصل)

والوالى بعضهم لبعض أكفاء ، وكذلك العجم ، قال أحمد رحمه الله في رجل من بنى هاشم له مولاة : يزوجه الخراساني ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « مَوَالِي الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ »^(٣) ، هو في الصدقة ،

(١) الكساح : الكناس .

(٢) قال ابن أبي هاشم سألت أبي عنه فقال : منكر . وقال الدارقطني في الملل : لا يصح . وقال ابن عبد البر :

هذا منكر موضوع . (ف) (٣) ورد « موالينا منا » أخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن عمر . (ف)

أما النكاح فليفتكح ، وذكر القاضى رواية عن أحمد : أن مولى القوم يكافئهم لهذا الخبر ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيدا وأسماء عربيتين ، ولأن موالى بنى هاشم ساووهم فى حرمان الصدقة ، فيساووهم فى الكفاءة ، وليس هذا بصحيح . فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب ، فإن المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده ، فيبطل اعتبار المنصب . وقد قال أحمد : هذا الحديث فى الصدقة لافى النكاح ، ولهذا لا يساووهم فى استحقاق الخمس ، ولا فى الإمامة ، ولا فى الشرف . وأما زيد وأسماء فقد استدل بنكاحهما عربيتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، واعتذر أحمد عن تزويجهما بأنهما عربيلان ، فإنهما من كلب ، وإعما طراً عليهما رق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربى الأصل .

(فصل)

٥١٣٥

فأما أهل البدع فإن أحمد قال فى الرجل يزوج الجهمي^(١) يفرق بينهما ، وكذلك إذا زوج الواقفي^(٢) إذا كان يخاصم ويدعو ، وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظة^(٣) وقد كتب الحديث : فهذا شر من جهمي ، يفرق بينهما . وقال : لا يزوج بنته من حرورى^(٤) صرق من الدين ، ولا من الرافضى^(٥) ولا من القدرى^(٦) فإذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال : من لم يربع بعل فى الخلافة فلا تأكله كعوه ولا تكلموه ، وقال القاضى : والمقلد منهم يصح تزويجه ، ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه .

(الفصل)

٥١٣٦

والكفاءة معتبرة فى الرجل دون المرأة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لا مكأء له ، وقد تزوج من أحياء العرب ، وتزوج صفية بنت حيى ، وتسمى بالإماء وقال : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ فَقَلَمَهَا وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا وَأَحْسَنَ إِهْلَاقَهَا ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا فَلَهُ أَجْرَانِ » متفق عليه ، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه ، فلم يعتبر ذلك فى الأم .

(١) الجهمية أصحاب جهم بن صفوان . قالوا : لاقدرة للأبد أصلاً ، لا كاسية ولا مؤثرة ، بل هو بمنزلة الجمادات والجنة والنار تفنيان بعد دخول أهلها حتى لا يبقى موجود سوى الله تعالى . انظر (تعريفات الجرجاني ص ٥٥)
(٢) فرقة من الخوارج كما فى التبصير فى الدين ص ٣٥ ، الفرق بين الفرق ١٠٨ (ف)
(٢) هم للأحوذون من الأرض من صغار بنى آدم خوفاً من العيلة ، أو فراراً من تهمة الزنا (المصدر السابق ص ١٣٠)

(٤) هم الخوارج الذين خرجوا على على ومعاوية رضى الله عنها

(٥) هم الذين رفضوا الشيخين أبى بكر وعمر رضى الله عنهما

(٦) القدرية هم الذين يزعمون أن كل عبد خالق لفعله ، ولا يرون الكفر والمعاصى بتقدير الله تعالى

٥١٣٧

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية ، فالسكاح ثابت وإن كرهت ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء ، ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها ، وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى : « وَاللَّاتِي يَبْسُتْنَ مِنَ الْخِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّاتِي لَمْ يَحْضُنَّ » . فجعل اللاتي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ، ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها فيعتبر . وقالت عائشة رضي الله عنها : « تزوجني النبي صلى الله عليه وسلم وأنا ابنة ست ، وبنى بي وأنا ابنة تسع » . متفق عليه . ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر إذهنها . وروى الأثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست^(١) ف قيل له ، فقال : ابنة الزبير إن مت ورثتني ، وإن عشت كانت امرأتي . وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما . وأما البكر البالغة العاقلة فممن أحسد روايتان .

أحدهما : له إجبارها على النكاح ، وتزويجها بغير إذهنها كالصغيرة ، وهذا مذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحاق .

والثانية : ليس له ذلك ، واختارها أبو بكر وهو مذهب الأوزاعي ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لَا تُنْكَحُ الْإِيْمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » فقالوا : يا رسول الله فكيف إذهنها ؟ قال « أَنْ تَسْكُتَ » . متفق عليه .

وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس ، أن جارية بكرأ أنت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة ، فغيرها النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كالتيب والرجل .

ووجه الرواية الأولى ما روى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الْإِيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا » . رواه مسلم ، وأبو داود . فلما قسم النساء قسمين ، وأثبت الحق لأحدهما ، دل على نفيه عن الآخر وهي البكر ، فيكون وليها أحق منها بها ، ودل الحديث

(١) نفست : بمعنى ولست .

على الاستئثار ههنا ، والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب ، كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « آمروا النساء في بناتهن » . رواه أبو داود ، وحديث التي خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم مرسل ، ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خديسته ، فتخيرها لذلك ، ولأن مالا يشترط فيه لنكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الخرق : فوضعها في كفء . يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وأحد قولي الشافعي ، لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء ، فلم يصح كسائر الأنسكة المحرمة ، ولأنه عقد لموليته عقداً لاحظ لها فيه بغير إذنها ، فلم يصح كبيعها عقارها من غير غبطة ولا حاجة ، أو بيمه بدون ثمن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعاً ، فلم يصح تصرفه لها شرعاً بما لاحظ لها فيه كالوكيل .

والثانية : يصح ، لأنه عيب في المفقود عليه ، فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه ، ويحتمل ألا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء . ويصح إذا لم يعلم ، ولأنه إذا علم حرماً عليه العقد ، فبطل التحريم ، بخلاف ما لم يعلمه . كما لو اشترى لها معيماً يعلم عيبه ، ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة ، لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لها ، ففسخ إن كرهت . وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها ، بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته . فإن كانت كبيرة فلها الخيار ، ولا خيار لأبيها إذا كان عالماً ، لأنه أسقط حقه برضاه . وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ، ولا يسقط برضاه ، لأنه يفسخ لحظها ، وحقها لا يسقط برضاه .

ويحتمل ألا يكون له الفسخ ، ولكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار ، فإن كان لها ولي غير الأب فلها الفسخ على ماضى . وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كفء ، ولا من معيب ، لأن الله تعالى أقامه مقامها ، ناظراً لها فيما فيه الخط ، ومنصرفاً لها لمجزأها عن التصرف في نفسها ، فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه ، كما في مالها . ولأنه إذا حرم عليه التصرف في مالها بما لاحظ فيه ، ففي نفسها أولى .

﴿ مسألة ﴾

٥١٣٨

قال ﴿ وليس هذا لغير الأب ﴾

يعنى ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة ، جذاً كان أو غيره ، وبهذا قال مالك ، وأبو عبيد ، والثوري ، وابن أبي ليلى . وبه قال الشافعي إلا في الجسد ، فإنه جعله كالأب ، لأن ولادته ولادة إيلاد ، فملك إجبارها كالأب . وقال الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس وقتادة ، وابن شبرمة ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة : لغير الأب تزويج الصغيرة ، ولها الخيار إذا بلغت . وقال هؤلاء

غير أبي حنيفة : إذا زوج الصغيرين غير الأب فلها الخيار إذا بلغا . قال أبو الخطاب : وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة ، لأن الله تعالى قال : « وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ أَسْكُمُ مِنَ النِّسَاءِ » فهمومه : أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة . واليتيم : من لم يبلغ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لَا يُتِمُّ بَعْدَ اخْتِلَامٍ ^(١) » . قال عروة : سألت عائشة عن قول الله تعالى : « وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى » ، فقالت : يا ابن أختي ، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ، ويشركها في مالها ، ويعجبه مالها وجهالها فيريد أن يتزوجها ، بغير أن يقسط في صداقها ، فيعطيهما مثل ما يعطيها غيره ، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ، ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه ، ولأنه ولي في النكاح ، فلك التزويج كالأب .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، وَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » رواه أبو داود ، والنسائي . وروى عن ابن عمر ، أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » واليتيمة : الصغيرة التي مات أبوها ، ولأن غير الأب قاصر الشفقة ، فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي ، وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد بنكاحها كالأجنبي ، ولأن الجد يلي بولاية غيره ، فأشبهه سائر العصبات .

ووفارق الأب ، ، فإنه يدل بغير واسطة ، ويسقط الإخوة والجد ، وبحجب عن الأم ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأوين ، أو زوجة وأوين . والآية محمولة على البالغة ، بدليل قول الله تعالى : « تَوْنُونُهَا مَا كَتَبَ لَهَا » وإنما يدفع إلى الكبيرة أو نحملها على بنت تسع .

(فصل)

٥١٣٩

وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان .

إحداها : أنها كن لم تبلغ تسعاً ، نص عليه في رواية الأثرم . وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وسائر الفقهاء . قالوا : حكم بنت تسع سنين حكم بنت ثمان ، لأنها غير بالغة ، ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح .

والرواية الثانية : حكمها حكم البالغة . نص عليه في رواية ابن منصور ، لفهم الآية ودلالة الخبر بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وإن أبَتْ فلا جواز عليها ، وقد اتفق به الإذن فيمس دونها ، فيجب حملها على من بلغت تسعاً .

وقد روى الإمام أحمد بإسناده عن عائشة رضي الله عنها . أنها قالت : « إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي

(١) أخرجه أبو داود عن علي . (ف)

امرأة» . ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه في حكم المرأة ، ولأنها بلغت سنًا يمكن فيه حيضها ، ويحدث لها حاجة إلى النكاح ، فيباح تزويجها كالبالغة . فعلى هذا إذا زُوِّجت ثم بلغت ، لم يكن لها خيار كالبالغة إذا زُوِّجت . وقد خطب عمر أمّ كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته إلى عائشة ، فأجابته وهي لدون عشر ، لأنها إنما ولدت بعد موت أبيها ، وإنما كانت ولاية عمر عشرًا ، فكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ، ولم ينكره منكر . فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥١٤٠

قال ﴿ ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنًا ﴾

لا نعلم خلافا في استحباب استئذانها . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد أمر به ، ونهى عن النكاح بدونه . وأقل أحوال ذلك الاستحباب ، ولأنه فيه تطيب قلبها ، وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية يُنكحها أهلها ، أئستأمر أم لا ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نَعَمْ نُسْتَأْمَرُ » . وقال : « اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْصَاعِهِنَّ » ^(١) فَإِنَّ الْبَكَرَ تَسْتَحْيِي فَتَسْكُتُ فَهُوَ إِذْنُهَا » . متفق عليهما .

وروى عن عطاء قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته ، إذا أنكحن ، قال : كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول : إن فلانا يذكر فلانة . فإن حركت الخدر لم يزوجها ، وإن سكنت زوجها .

(فصل)

٥١٤١

يستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أَمِرُ النِّسَاءِ فِي بَنَاتِهِنَّ » ، ولأنها تشاركه في النظر لابنتها ، وتحصيل المصلحة لها بشفتها عليها ، وفي استئذانها تطيب قلبها ، وإرضاء لها ، فتكون أولى .

﴿ مسألة ﴾

٥١٤٢

قال ﴿ وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل ، وإن رضيت بعد ﴾

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة فأما الكبيرة : فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم ، إلا الحسن ، قال له : تزويجها ، وإن كرهته ، والنخعي قال : يزوج بنته

(١) الأبضاع جمع إضع ، يضم فسكون ، وهو : الجماع . رواه ابن السكيت . وتقول الأزهري أنه الفرج نفسه ، والمراد هنا الاستمتاع بالفرج بالنكاح . انظر تاج العروس ج ٥ ص ٢٧٦

إذا كانت عياله ، فإن كانت بান্তه في بيتها مع عيالها استأمرها . قال إسماعيل بن إسحاق : لا أعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن ، وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة ، فإن الخنساء ابنة حذام الأنصارية روت أن أباه زوجها وهي ثيب فسكرهت ذلك ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه . رواه البخارى والأئمة كلهم . قال ابن عبد البر : هذا الحديث مجمع على صحته ، والقول به ، لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن . وكانت الخنساء من أهل قباء ، وكانت تحت أنيس بن قتادة ، فقتل عنها يوم أحد ، فزوجها أبوها رجلاً من بني عمرو بن عوف فسكرهت وشكت ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرد نكاحها ، ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر .

وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تُنكحُ الأيم^(١) حتى تُستأمر » متفق عليه . وقال : الأيم أحقُّ بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس للولي مع الثيب أمرٌ » رواهما النسائي ، وأبو داود ، ولأنها رشيدة عالة بالمقصود من النكاح مختبرة ، فلم يجوز إجبارها عليه كالرجل .

القسم الثانى : الثيب الصغيرة ، وفيها وجهان :

أحدهما : لا يجوز تزويجها ، وهو ظاهر قول الحرقى ، واختاره ابن حامد ، وابن بطة والقاضى ، ومذهب الشافعى لعموم الأخبار ، ولأن الإجماع يختلف بالبكارة والثبوبة ، لا بالصغر والكبر ، وهذه ثيب ، ولأن في تأخيرها فائدة ، وهو : أن تبلغ فتختار لنفسها ، ويعتبر لإذنها ، فوجب التأخير بخلاف البكر .

الوجه الثانى : أن لأبيها تزويجها ولا يستأمرها ، اختاره أبو بكر ، وعبد العزيز . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها صغيرة ، فجاز إجبارها كالبكر والغلام ، يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثبوبة على ما حصل للغلام بالذكورية ، ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً ، فكذا هذه ، والأخبار محمولة على الكبيرة ، فإنه جعلها أحق بنفسها من وليها ، والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث ، وهو : أن ابنة تسع سنين يزوجه وليها بإذنها ، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف ، لما ذكرنا في البكر ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥١٤٢

قال ﴿ وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر الصمت ﴾ .

أما الثيب : فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لإذنها الكلام للخبر ، ولأن اللسان هو المعبر عما في القاب

(١) الأيم التى نبتى زمانا بلا زوج ، وصف للرجل والمرأة . انظر (تاج العروس ج ٨ ص ١٩٥)

وهو المعتبر^(١) في كل موضع يعتبر فيه الإذن ، غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لعارض .

فأما البكر فإذنها صمتها في قول [عامة] أهل العلم ، منهم شريح ، والشامي ، وإسحاق ، والنخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة . ولا فرق بين كون الولي أبا أو غيره . وقال أصحاب الشافعي : في صمتها في حق غير الأب وجهان .

أحدهما : لا يكون إذناً ، لأن العمات عدم الإذن ، فلا يكون إذناً ، ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرهما ، فلا يكون إذناً كما في حق الثيب ، وإنما اكتفى به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن أهل العلم ، وترك للسنة الصحيحة العريضة ، بصان الشافعي عن إضافته إليه ، وجعله مذهبا له ، مع كونه من أتبع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا يعرج منصف على هذا القول ، وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيُّمُ حَتَّى تَسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ » . فقالوا : يا رسول الله ، فكيف إذنها ؟ قال : « أَنْ تَسْكُتَ » .

وفي رواية : عن عائشة [رضي الله عنها] أنها قالت : يا رسول الله ، إن البكر تستحيي قال : « رَضَاهَا صِمَاتُهَا^(٢) » متفق عليه . وفي رواية : « وَالْيَتِيمَةُ تَسْتَأْمَرُ ، فَصِمَاتُهَا إِقْرَارُهَا » . رواه النسائي وفي رواية : « تَسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا » . وهذا صريح في غير ذات الأب .

وروى الأثرم عن عدى الكندي ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الثَّيْبُ تَعَرِّبُ عَنْ نَفْسِهَا وَالْبِكْرُ رَضَاهَا صِمَاتُهَا^(٣) » والأخبار في هذا كثيرة ، ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالإذن ، ولا تستحيي من إباؤها وامتناعها ، فإذا سككت غاب على الظن أنه لرضاها ، فاكتمى به .

وما ذكره بفضي إلى ألا يكون صمتها إذناً في حق الأب أيضا ، لأنهم جعلوا وجوده كعدمه ، فيكون إذا رداً على النبي^(٤) صلى الله عليه وسلم بالكافية ، وإطراحا للأخبار العريضة الجليلة ، وخرقا لإجماع الأمة المرضية .

(فصل)

٥١٤٣

فإن نطقت بالإذن فهو أبلغ وأتم في الإذن من صمتها ، وإن بسكت أو ضحككت فهو بمنزلة سكوتها . وقال أبو يوسف ومحمد : إن بسكت فليس بالإذن^(٥) ، لأنه يدل على الكراهية ، وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث .

(١) في المخطوطة ٣٩ : وهو المعبر .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : صمتها .

(٣) رواه الخمسة عن أبي هريرة . (ف)

(٤) في المخطوطة ٣٩ : على رسول الله . . .

(٥) في المخطوطة ٣٩ : فليس بإذن .

ولنا : ماروى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « نَسْتَأْمُرُ الْيَتِيمَةَ فَإِنْ بَكَتْ أَوْ سَكَتَتْ فَهوَ رِضَاها ، وَإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْها » . ولأنها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان ، فكان إذنا منها كالصمت أو الضحك . والبكاء يدل على فرط الحياء لاعلى الكراهة ، ولو كرهت لامتنعت ، فإنها لاستحجي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن ، وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ، وكذلك أقننا الضحك مقامه .

(فصل)

٥١٤٥

والثيب المعتبر نطقها هي : الموطوءة في القبل ، سواء كان الوطاء حلالا أو حراما . وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة ، في المصابة بانفجور : حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها ، لأن علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء ، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته ، وهذه لم تباشر بالإذن في النكاح^(١) ، فيبقى حيائها منه بحاله .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم : « الثيبُ يُعْرَبُ عَنْ نَفْسِها » [وهذه ثيب] ، ولأن قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تَنْكَحُ الْيَتِيمَ حَتَّى تَسْتَأْمَرَ » ، ولا تَنْكَحُ الْبَكْرَ حَتَّى تَسْتَأْذِنَ ، وإذنها أن تسكت ، يدل على أنه لا بد من نطق الثيب ، لأنه قسم النساء قسمين ، فجعل السكوت إذنا لأحدهما ، فوجب أن يكون الآخر بحاله ، وهذه ثيب ، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل ، وهذه كذلك ، ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية ، ولو أوصى للأبكار لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكاراً ، فوجدناها مصابة بالزنا ملك الفسخ ، ولأنها موطوءة في القبل ، فأشبهت الموطوءة بشبهة ، والتعليل بالحياء غير صحيح ، فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه ، وإنما يعتبر بمغلطته وهي البكارة ، ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث ، فيكون باطلا في نفسه ، ولا فرق بين المكره والمطاوعة ، وعلى هذا ليس لنا إجبارها^(٢) إذا كانت بالغة ، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهاً ، وقولهم : إنها لم تباشر الإذن قلنا : يبطل بالموطوءة بشبهة^(٣) أو في ملك يمين ، والمزوجة وهي صغيرة .

(فصل)

٥١٤٦

وإن ذهبت عذرتها بغير جماع كالوثبة ، أو شدة حيضة ، أو بأصبع ، أو عود ونحوه ، فحكمها حكم الأبكار . ذكره ابن حامد ، لأنها لم تختبر المقصود ، ولا وجد وطؤها في القبل ، فأشبهت من لم تزل

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لم تباشر الإذن في النكاح . وهي أصح وقد جرى عليه في نهاية الفصل .

(٢) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ . ليس لأنها إجبارها . (٣) في المخطوطة ٣٩ : للموطوءة بالشبهة .

عذرتها . ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ، ولا حكمها حكمهن ، لأنها غير موطوءة في القبل .

(فصل)

٥١٤٧

إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء . وقال زفر في الثيب : كقول أهل العلم ، وفي البكر : القول قول الزوج ، لأن الأصل السكوت ، والكلام حادث ، فالزوج يدعى الأصل ، فالقول قوله .

ولنا : أنها منكورة للإذن ، والقول قول المنكر ، ولأنه يدعى أنها استؤذنت وسمعت فصمتت ، والأصل عدم ذلك ، وهذا جواب عن قوله ، وإن اختلفا بعد الدخول فقال القاضي : القول قول الزوج ، لأن التمكن من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح ، وكان الظاهر معه . وهل تستحلف المرأة إذا قلنا : القول قولها ؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها ، كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد : تستحلف ، فإن نكلت فقال أبو يوسف ومحمد : يثبت النكاح ، وقال الشافعي : يستحلف الزوج ، ويثبت النكاح .

ولنا : أنه اختلاف في زوجية ، فلا يثبت بالنكول ، ولا يحلف المدعى معه ، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته ، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج^(١) فالقول قولها ، لأنه اختلاف في أمر يختص بها ، صادر من جهتها ، فالقول قولها فيه ، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تمتم فيه نيتها ، ولأنها تدعى صحة العقد وهم يدعون فساده ، فالظاهر معها .

(فصل في المجنونة)

٥١٤٨

إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها ، لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها فع عدمه أولى . وإن كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة ، فهذه يجوز لوليها تزويجها ، ذكره القاضي . وهو ظاهر كلام الخرق ، لأنه جعل للأب تزويج المعتوه والمرأة أولى . وهذا قول الشافعي ، وأبي حنيفة . ومنع منه أبو بكر ، لأنها ولاية إجبار ، وليس على الثيب ولاية إجبار . والأول أصح ، فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها ، للحصول المباشرة منها والخبرة ، وهذه بخلاف ذلك . وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها إذا كانت عاقلة .

القسم الثاني : أن يكون وليها الحاكم ، ففيها وجهان .

(١) في المخطوطة ٣٥ : وأنكر ورثة الزوج .

أحدهما : ليس له تزويجها بحال ، لأن هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الأب كحال عقلها .
والثانى : له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال ، كبيرة كانت أو صغيرة ، وهو اختيار ابن حامد ،
وأبى الخطاب ، وقول أبى حنيفة ، لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها ، وصيانتها عن الفجور ،
وتحصيل المهر والنفقة والدفاف ، وصيانة العرض ، ولا سبيل إلى إذنها ، فأبيع تزويجها كالثيب مع أبيها ،
وكذلك ينفى أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب : إن علتها تزول بتزويجها ، لأن ذلك من أعظم
مصلحتها ، وقال الشافعى : لا يملك تزويجها صغيرة بحال ، ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب : إن
علتها تزول بتزويجها ^(١) .

ولنا : أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة ، فأبيع تزويجها كالكبيرة . وإذا ظهرت منها
شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ، ودفع حاجتها ، فأشبه ما لو قال أهل الطب : إنه يزبل علتها ،
وتعرف شهوتها من كلامها ، وقرائن أحوالها ، كتقبعم الرجال ، وميلها إليهم ، وأشبه ذلك .
القسم الثالث : مَنْ وليها غير الأب والحاكم . فقال القاضى : لا يزوجه غير الحاكم ، فيكون حكمها
حكم القسم الثانى على ما بيناه .

وقال أبو الخطاب : لم تزويجها في الحال التى يملك الحاكم تزويج موليته فيها . وهذا قول أبى حنيفة ،
لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدّموا عليه في التزويج ، كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضى :
أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم ، فيكون ولياً دونهم ، كتزويج أمتها ، ولأن هذا دفع حاجة
ظاهرة ، فكانت إلى الحاكم ، كدفع حاجة الجوع والعرى ، فإن كان لها وصى في مالها لم يتملك تزويجها
لأنه لا ولاية له في نسكاحها ، والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم على ما ذكرنا .

﴿مسألة﴾

٥١٤٨

قال ﴿ وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالسمى ، وإن فعل ذلك غير الأب ثبت
النكاح ، وكان لها مهر مثلها ﴾

وجملة ذلك : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، بكرأ كانت أو ثيباً ، صغيرة كانت أو
كبيرة . وبهذا قال أبو الخطاب ، ومالك . وقال الشافعى : ليس له ذلك ، فإن فعل فلها مهر
مثلها ، لأنه عقد معاوضه ، فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ، ولأنه تفریط في مالها ،
وليس له ذلك .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء ، فما أصدق

(١) في المطبوعة : بتزويجها . في الفقرة كلها .

رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً من نسائه ، ولا أحداً من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية ، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكروه ، فكان اتفاقاً منهم على أن له أن يزوج بذلك ، وإن كان دون صدق المثل ، وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين ، وهو من سادات قريش شرفاً وعلماً وديناً ، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها^(١) ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ، وإنما المقصود السكن والازدواج ، ووضع المرأة عند من يكفيها في منصب^(٢) ، ويصونها ويحسن عشرتها ، والظاهر من الأب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح ، فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره .

وفارق سائر عقود المعاوضات ، فإن المقصود فيها العوض ، فلم يجز تفويته ، فأما غير الأب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها ، فإن زوج بدون ذلك صح النكاح ، لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ، ويكون لها مهر مثلها ، لأنه قيمة بعضها ، وليس للولي نقصها منه ، فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

(فصل)

٥١٥٠

وتمام المهر على الزوج ، لأن التسمية ههنا فاسدة ، لكونها غير مأذون فيها شرعاً ، فوجب على الزوج مهر المثل ، كما لو زوجها بمحرم ، وعلى الولي ضمانه ، لأنه المفرط ، فكان عليه الضمان ، كما لو باع مالها بدون ثمن مثله .

قال أحمد [رحمه الله] : أخاف أن يكون ضامناً ، وليس الأب مثل الولي ، ولا تملك المرأة الفسخ ، لأنه قد حصل لها وجوب مهر مثلها ، والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥١٥١

قال ﴿ ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز ، إلا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في تزويجه ﴾ الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة .

(أحدها)

٥١٥٢

أنه ليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المجرد : للحاكم تزويجه ، لأنه

(١) في مخطوط « سير السلف » للحافظ إسماعيل بن محمد الأصفهاني أنه رفض زواجها من ابن الخليفة وزوجها لطالب من طلابه بدرهمين ، ثم أعطاه بعد ذلك ألفي درهم ليستعين بها ، أظن حرف السين من تراجم التابعين . والكتاب يجري طبعه الآن من تحقيقنا .

(٢) في المخطوطة ١٨ : ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها .

بلى ماله ، وقال الشافعى : يملك ولي الصبي تزويجه ، ليألف حفظ فرجه عند بلوغه ، وليس بسديد ، فإن غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة ، فالغلام أولى . وفارق الأب ووصيه ، فإن لها تزويج الصغيرة وولاية الإجماع ، وسواء أذن الغلام فى تزويجه أو لم يأذن ، فإنه لا إذن له ،

٥١٥٣

(الفصل الثانى)

أن المعتوه وهو : الزائل العقل مجنون مطبق ، ليس لغير الأب ووصيه تزويجه . وهذا قول مالك . وقال أبو عبد الله بن حامد : للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء ، بأن يتبهمن ويريدهن ، وهذا مذهب الشافعى ، لأن ذلك من مصالحه ، وليس له حال ينتظر فيها إذنه ، وقد ذكرنا (توجيه)^(١) الوجهين فى تزويج المجنونة . وينبغى على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب : إن فى تزويجه ذهاب عنه ، لأنه من أعظم مصالحه ، والله أعلم .

٥١٥٤

(الفصل الثالث)

أن للأب أو وصيه تزويجهما ، سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً ، وسواء كان الجنون مستداماً أو طارئاً ، فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى أن لأبيه تزويجه . كذلك قال ابن المنذر ، ومن هذا مذهبه : الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير ، فاختصما^(٢) إلى زيد فأجازاه جميعاً ، رواه الأثرم بإسناده . فأما الغلام المعتوه فلا يبيح تزويجه . وقال الشافعى : لا يجوز ، لأنه يلزمه بالتزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته ، فلم يميز له ذلك كغيره من الأولياء .

ولنا : أنه غير بالغ ، فملك أبوه تزويجه كالعاقل ، ولأنه إذا ملك^(٣) تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه^(٤) إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه ، فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى . وفارق غير الأب ، فإنه لا يملك تزويج العاقل . وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحمد والخرقى : أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها . وقال القاضى : إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه ، وهو مذهب الشافعى ، لأن فى تزويجه مع عدم حاجته لإضراره به ، بإلزامه حقوقاً لا مصلحة له فى التزامها . وقال أبو بكر : ليس للأب تزويجه بحال ، لأنه رجل فلم يميز إجباره على النكاح كالعاقل ، وقال زفر : إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يميز تزويجه ، وإن كان مستداماً جاز .

(١) السكامة ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ . (٢) فى المخطوطة ٣٩ : فاختصموا .

(٣) فى المخطوطة ١٨ : إذا جاز . (٤) فى المطبوعة : مع احتياجه

ولنا : أنه غير مكلف ، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير ، فإنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال ، وتوقع نظره عند الحاجة ، فهمنا أولى .

وانما : على النسوية بين الطارىء والمستدام : أنه معنى يثبت الولاية ، فاستوى طارئة ومستدامه كالرق ، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله ، فأثبتها عليه في النكاح^(١) كالمستدام . فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها ، فإنه [لا] يجوز لولايه تزويجه ، إلا إذا رأى المصلحة فيه ، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة ، فقد تكون حاجته إلى الإبواء والحفظ ، وربما كان دواء له ، ويترجى به شفاؤه ، فجاز التزويج له كقضاء الشهوة ، والله أعلم .

(فصل)

٥١٥٥

ومن يفیق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه ، لأن ذلك ممكن ، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ، ولو زال عقله برسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل ، فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله ، فعلى نفسه أولى ، وإن لم يُرَجَّ زواله فهو داخل فيما ذكرناه .

(الفصل الرابع)

٥١٥٦

أن وصى الأب^(٢) في النكاح بمنزله على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصى على المرأة ، وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه ، وإنما يثبت ذلك لوصى الأب في التزويج خاصة ، فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج ، لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية ، فلا يملك ما لم يوص به إليه ، ووصى غير الأب لا ولاية له على صبي أو مجنون ، لأن الموصى لا يملك ذلك ، فوصيه أولى .

(فصل)

٥١٥٧

وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لها النكاح ، ولا يجوز أن يأذن لها في قبوله ، لأنهما ليسا من أهل التصرف . وإن كان الفلام ابن عشر وهو مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه ، حتى يتولاه لنفسه ، كما يفوض أمر البيع إليه ، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه . وإن تزوج له الولي جاز ، كما يجوز أن يبتاع له ، وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه . وإن قلنا : لا يصح ذلك منه ، فهذا أولى .

(فصل)

٥١٥٨

وذكر القاضي : أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل ، لأنه معاوضة في حق الغير ، فلم تجز

(٢) في المخطوطة : ٢٠ ، ٣٩ ووصى الأب .

(١) في المخطوطة ١٨ : في نكاحه .

الزيادة فيها على عوض الثل ، كبيع ماله ، وهذا مذهب الشافعى . وقد ذكرنا : أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، فهذا مثله . فإنه قد يرى المصلحة فى ذلك ، فجاز له بذل المال فيه ، كما يجوز فى مداواته ، بل الجواز ههنا أولى ، فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها ، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك ، بخلاف المرأة . وذكر القاضى فى المجرد : أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة ، لعدم حاجته إلى زيادة عليها ، فيكون بذلا للماله فيما لا حاجة به إليه . وذكر فى الجامع : أن له تزويج ابنته الصغير بأربع ، لأنه قد يرى المصلحة فيه ، وليس له تزويجه بمعية عيباً يرد به فى النكاح ، لأن فيه ضرراً به ، وتقويماً لماله^(١) فيما لا مصلحة له فيه . فإن فعل خرج فى صحة النكاح وجهان . فإن قلنا : يصح فهل للولى الفسخ فى الحال؟ على وجهين مضى توجيههما فى تزويج الصغيرة بمعيب ، ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلمما الفسخ ، وليس له تزويجه بأمة ، لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت^(٢) ، وهو معدوم فى حق الصبي ، غير معدوم^(٣) فى المجنون .

(فصل)

٥١٥٩

وإذا زوج ابنته تعلق الصداق بذمة الابن ، موسراً كان أو معسراً ؛ لأنه عقد للابن ، فكان عليه بذله كتمن المبيع . وهل يضمنه الأب ؟ فيه روايتان . إحداهما : يضمنه ، نص عليه فقال : تزويج الأب لابنته الطفل جائز ، ويضمن الأب المهر ، لأنه التزم الموضع عنه فضمنه ، كالو نطق بالضمان .

والأخرى : لا يضمنه ، لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره ، فلم يضمن عوضه كتمن مبيعه ، أو كالوكيل . قال القاضى : هذا أصح ، وقال : إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً ، أما الموسر فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة . فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق ، فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن ، وإيس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع فى الهبة ، لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه ، فأشبهه ماله وهبه الأب أجنبياً ، ثم وهبه الأجنبى للابن . ويحتمل أن يرجع فيه ، لأنه تبرع عن ابنه ، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن ، وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ، ثم طلق قبل الدخول . وإن ارتدت قبل الدخول فالحكم فى الرجوع فى جميعه كالحكم فى الرجوع فى النصف بالطلاق .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : وتقويت ماله .

(٢) العنت : يطلق على معان كثيرة منها لقاء الشدة [تاج العروس] ج ١ ص ٥٦٥ . والمراد خوف الزنا

(٣) فى المخطوطة ٣٩ : غير معلوم .

(فصل في المحجور عليه للسفه)

٥١٦٠

والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح ، لأنه نصب لمصالحه ، وهذا من مصالحه ، لأنه بصون به دينه وعرضه ونفسه ، فإنه ربما تمرض بترك التزويج الإثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته^(١) بقوله أو بغير قوله : وسواء كانت حاجته إلى الاستمتاع^(٢) أو إلى الخدمة ، فيزوجه امرأة لتحل له ، لأنه يحتاج إلى الخلوة بها ، وإن لم يكن به حاجة إليه لم يحز تزويجه ، لأنه يلزمه بالنكاح حقوقا من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى ، فيكون تضيقا لماله ونفسه في غير فائدة ، فلم يحز كتحذير ماله . وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه ، فإن زوجه بغير إذنه فقال أصحابنا : يصح ، لأنه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولى عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل ألا يملك تزويجه بغير إذنه ، لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد إضرار ، فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ، ولا يكون له في أخرى ، فإذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها ، وفات عليه غرضه من الأخرى ، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه . وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ، ولم يتمذر ذلك ههنا ، فوجب ألا يفوت ذلك عليه كالرشيد .

الحال الثاني

أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها ، وهي حالة الحاجة ، لأنه من أهل النكاح فإنه عاقل مكلف ، ولذلك يملك الطلاق والخلع ، فجاز أن يفوض إليه ذلك . ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة أو يأذن له مطلقا ، وقال بعض الشافعية : يحتاج إلى التعيين ، لثلاث تزوج شريفة بكثر مهرها ونفقتها فيقتصر بذلك .

ولنا : أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالإذن للعبد ، وبهذا يبطل ما ذكره ، ولا يتزوج إلا بمهر المثل ، فإن زاد على مهر المثل بطلت الزيادة ، لأنها محاباة بماله ولا يملكها . وإن نقص عن مهر المثل جاز ، لأنه ربح من غير خسران .

الحال الثالث

إذا تزوج بغير إذن . فقال أبو بكر : يصح النكاح . أو ما إليه أحمد . قال الفاضل : يعني إذا كان محتاجا ،

(١) في المخطوطة ٣٩ . علم حاجته . (٢) في المطبوعة الثالثة . وسواء كانت حاجته بالاستمتاع .

فإن عدمت الحاجة لم يجز ، لأنه إلتلاف لماله في غير فائدة . وقال أصحاب الشافعي : إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بإذنه ، لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذن كالعبد . وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه فقيه وجهان .

ولنا : أنه إذا احتاج إلى النكاح فحقه متمين فيه ، فصح استيفاءه بنفسه ، كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه . فأما إن تزوج من غير حاجة لم يصح ، فإن وطئ الزوجة فعليه مهر المثل ، لأنه أنلف بضعها بشبهة ، فلزمه عوض ما أنلف ، كما لو أنلف مالها .

٥١٦١ (فصل)

وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه ، سواء كان ممن يملك التزويج كوصى الأب والحاكم على قول ابن حامد ، أو لا يملكه ، لا نعلم في هذا خلافا . فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال أحد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ، ثم إن الأبوين كرها ، هل لها أن يفسخا ؟ فقال : قد اختلف في ذلك ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم يبلغي عن أبي عبد الله في هذه المسألة إلا هذه الرواية ، فتخرج على قولين .

أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأنها ولاية يستفيد بها تملك البضع ، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهما ، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالاعتبار .

والقول الثاني : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ ^(١) » . ولأنه لا يملك البضع ، فلا يملك الطلاق بنفسه كوصى الأب والحاكم ، وكالسيد يزوج عبده الصغير . وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول .

٥١٦٢ (فصل)

وإذا ادعت امرأة المجنون عُنَّةً ^(٢) لم تضرب له مدة ، لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج ، ولا حكم لإقراره . وإن أقر بالعنة وهو صحيح ، فضربت له المدة ، ثم جُنَّ وانقضت المدة ، وطالبت المرأة بالفسخ لم يفسخ ، لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها ، وقالت [إنه وطئها فعادت عذرتها ، فله استحلافها . فإذا كان لا يبر عن نفسه لم يستحلف ، ولا يثبت ^(٣) ما قالته فلم يفسخ عليه .

(١) أخرجه الدارقطني وابن ماجه ج ١ ص ٦٤١ عن ابن عباس (ف) .

(٢) أي عجزه عن مباشرتها مباشرة الأزواج مع وجود أعضاء الذكر ، دون قطع أحدها وذلك لمرض أو

ضعف . ومنه : القدرة على وطء البكر دون الثيب (٣) في المخطوطة ٢٩ : فلا يثبت .

٥١٦٣

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا زوج أمته بغير إذنها فقد لزمها النكاح ، كبيرة كانت أو صغيرة ﴾ .
لا نعلم في هذا خلافاً ، وذلك لأن منافعتها مملوكة له ، والنكاح عقد على منفعتها ، فأشبهه عقد الإجارة ،
ولذلك ملك الاستمتاع بها . وبهذا فارقت العبد ، ولأنه يفتنع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ،
ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد .

٥١٦٤

(فصل)

والمدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة الفن في إجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره :
ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها ، وكرهه ربيعة . وللشافعي فيه قولان ، لأنه لا يملك التصرف في رقبتها ،
فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها كأخته .

ولنا : أنها مملوكة ، يملك الاستمتاع بها وإجارتها ، فملك تزويجها كالقن ، ولأنها إحدى منفعتها ،
فملك أخذ عوضها^(١) كسائر منافعها . وما ذكره يبطن بإذنه الصغيرة ، لا يملك رقبتها ويملك تزويجها .
وإذا ملك أخته من الرضاع ، أو مجوسية فله تزويجها وإن كانتا محرمتين عليه ، لأن منافعهما ملكه وإنما
حرمتا عليه لعارض . فأما التي بمضها حر فلا يملك سيدها إجبارها ، لأنه لا يملك جعيمها ، ولا يملك إجبار
المكاتبة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ، ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ، ولا تلزمه نفقتها ، ولا يصل
إليه مهرها ، فهي كالعبد .

٥١٦٥

(فصل)

فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها ، فإن كان يوطؤها لم يجبر على تزويجها ، لأن عليه ضرراً في
تزويجها ، ووطؤها لها يدفع حاجتها . فإن كان لا يوطؤها لكونها محرمة عليه ، كالمجوسية وأخته من الرضاع ،
أو محلاة له لکن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها إن كانت محلاة له ، أو إزالة ملكه عنها ،
لأنه وليها فأجبر على تزويجها كالخرة ، لأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك فأجبر على دفعها كالإطعام والكسوة
وإذا امتنع أجبره الحاكم ، وإن طلبت منه من نصفها حر ، أو للمكاتبة ، أو أم الولد التزويج أجبر عليه ،
لأنه وليهن ، فأجبر على تزويجهن كالحرائر .

٥١٦٦

(فصل)

وإذا اشترى عبده المأذون أمة ، وركبته ديون ، ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها نص عليه أحمد ،

(١) في المطبوعة : أحد عوضها .

وذكره أبو بكر . وقال : للسيد وطؤها . وقال الشافعي : ليس له شيء من ذلك ، لما فيه من الإضرار بالفرماء . وأصل الخلاف بيني على دين المأذون له في التجارة ، فعندنا يلزم السيد ، فلا يلحق الفرماء ضرر بتصرف السيد في الأمة ، فإن الدين ما تعلق بها ، وعنده : أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده ، فيلحقهم الضرر ، والكلام على هذا يذكر في موضعه .

٥١٦٧ (فصل)

وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح ، لأنه يؤثر في الاستمتاع ، وذلك حق لها ، ولذلك ملكت الفسخ بالجَبِّ^(١) والْمُنَّة ، والامتناع من العبد دون السيد . وفارق بينهما من معيب ، لأنه لا يراد الاستمتاع ، ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ، ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عُنَّتِه ولا إيلائه . وإن زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين . فإن قلنا يصح ، فلها الفسخ . وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين . ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله .

٥١٦٨ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز ، إلا أن يكون صغيراً﴾
الكلام في هذه المسألة في فصلين :

٥١٦٩ (أحدهما)

أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ المأقل على النكاح . وبهذا قال الشافعي في أحد قوايه . وقال مالك وأبو حنيفة : له ذلك ، لقول الله تعالى : « وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ » ، ولأنه يملك رقبته ، فملك إجباره على النكاح كالأمة ، ولأنه يملك إجارته ، فأشبه الأمة .

ولنا : أنه مكلف يملك الطلاق ، فلا يجبر على النكاح كالحر ، ولأن النكاح خالص حقه ، ونفعه له ، فأشبه الحر ، والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه ، بدليل عطفه على الأيامي ، وإنما يزوجن عند الطالب . ومقتضى الأمر الوجوب ، وإنما يجب تزويجه عند طلبه . وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها ، والاستمتاع بها ، بخلاف العبد . وبفارق النكاح الإجارة ، لأنها عقد على منافع بدنه ، وهو يملك استيفاءها .

٥١٧٠ (الفصل الثاني)

في العبد الصغير الذي لم يبلغ . فلا سيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم ، إلا أن بعض الشافعية قال : فيه قولان ، وقال أبو الخطاب : يحتمل ألا يملك تزويجه .

(١) الجب قطع الذكر والأثنين ، ويسمى الرجل حينئذ مجبواً (٢) سورة البور آية ٣٢ .

ولنا : أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير ، فعبده مع ملكه له وتماز ولايته عليه أولى ، وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل)

٥١٧١

والمهر والنفقة على السيد ، سواء ضمنهما أو لم يضمهما ، وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعهده ، وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه . نص عليه أحمد . وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه ، فإنه قال : نفقته من ضريبته ، وقال : إن كان بقيمة ضريبته أنفق عليها ، ولا يعطى المولى ، وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما ، وهذا قول الشافعي .

وقائدة الخلاف : أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب ، وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد ، وللسيد استخدامه ومنعه من الاكتساب . ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب ، فللمرأة الفسخ ، وليس للسيد منعه من الكسب .

ولنا : أنه حق تعاق بالعبد برضا سيده ، فتعلق بسيده ، وجاز بيعه فيه ، كالمو رهنه بدين . فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد . نص عليه ، لأنه حق تعاق بذمته ، فلم يسقط ببيعه وعتقه ، كأرش جنابته . فأما النفقة فإنها تتجدد ، فتسكون في الزمن المستقبل على المشتري ، أو على العبد إذا أعتق .

(فصل)

٥١٧٢

ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه ، ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه ، لأنه مكلف يصح طلاقه ، فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ، ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً . فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح ، لأنه متصرف بالإذن ، فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل ، وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء ، لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فللسيد منعه من الخروج إليها ، وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلاً للاستمتاع ، وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ، ولا يلزمه إرساله نهاراً ، لأنه يحتاج إلى استخدامه ، وليس النهار محلاً للاستمتاع ، ولسيده المسافرة به ، فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر ، والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأته ، كذا ههنا .

(فصل)

٥١٧٣

وللسيد أن يعين له المهر ، وله أن يطلق ، فإن تزوج بما عينه أو دونه ، أو بغير المثل عند الإطلاق أو دونه ، لزم المسمى . وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة ، وهل تتعلق برقة العبد أو بذمته (م ٨ — المغنى — سابم)

يُتَّبَعُ بِهَا بَعْدَ الْعَتَقِ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى اسْتِدَانَةِ الْعَبْدِ الْحَجُورِ عَلَيْهِ ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي بَابِ الْمَصْرَاةِ ^(١) .

٥١٧٤

(فصل)

وإن تزوج أمة ثم اشتراها بإذن سيده لسيدة ، لم يؤثر ذلك في نكاحه . وإن اشتراها لنفسه ، وقلنا : إن العبد لا يملك بالتملك فكذلك . وإن قلنا : يملك بالتملك انفسخ نكاحه ، كما لو اشترى الحر امرأته . وله وطؤها بملك اليمين . إذا أذن له السيد . فإن كان نصفه حرّاً فاشترى في ذمته ، أو بما يختص بملكه ، انفسخ نكاحه ، لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه . وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ، ولم تحل له ، لأنه لا يملك جميعها . وإن اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه ، وقلنا : لا تفرق الصفقة لم يصح البيع ، والنكاح بحاله . وإن قلنا : بتفريقها صح في قدر ماله ، وانفسخ النكاح لملكه بعضها .

٥١٧٥

(فصل)

وإن اشترت الحرة زوجها ، أو ملكته بهبة أو غيرها انفسخ النكاح ، لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان ، لاستحالة كون الشخص مالكا للمالكة ، ولأن المرأة تقول : أنفق على ، لأنني امرأتك ، وأنا أسافر بك لأنك عبيدي ، ويقول هو : أنفق على لأنني عبدك ، وأنا أسافر بك لأنك امرأتى ، فيتنافيان ذلك ، فيثبت أقوامهما وهو ملك اليمين ، وينفسخ النكاح ، لأنه أضعف ، ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول ، وله عليها الثمن ، فإن كانا دينيين من جنس تقاضا وتساقطا وإن كانا منسافرين . وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله ، وبقي الفاضل . وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا ، وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قوليّه : يسقط مهرها ، لأنه دين في ذمة العبد ، فإذا ملكته لم يميز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها ، كما لو أتلّف لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد ، وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده ، فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه .

وذكر القاضي فيه وجهاً : أنه يسقط ، لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد ، فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً ، كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ، ولا يعرف هذا في المذهب ، ولأنه ثبت في الذمتين جميعاً إحداها تبعاً للأخرى . بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه ، كما لو طلقها قبل دخوله بها ، وفي سقوط باقيه وجهان .

أحدهما : لا يسقط ، لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع ، فانفسخ إذا من جهته ، فلم يسقط جميع المهر كالخلع .

(١) هي الشاة يخرن لبنها في ضرعها لغيرها المشتري . وقد سبق القول في أحكامها .

والثاني : يسقط ، لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة ، فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما ، وفسخها لإعساره وشراء الرجل لامرأته .

(فصل)

٥١٧٦

فإن ابتاعته بصداقها صح : نص عليه أحد ، وذكره أبو بكر والقاضي . ويرجع عليها بنصفه إن قلنا : يسقط نصفه ، أو بجميعه إن قلنا : يسقط جميعه . ويحتمل ألا يصح البيع ، وهو قول أصحاب الشافعي ، لأن ثبوته يقتضي نفيه ، فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح ، وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع ، لأنه عوض^(١) ، ولا يصح بغير عوض .

ولنا : أنه يجوز أن يكون ثمننا لغير هذا العبد ، فجاز أن يكون ثمننا له كذيره من الديون ، وماسقط منه يرجع عليه به .

﴿مسألة﴾

٥١٧٧

قال ﴿ وإذا زوج الوليان فالنكاح الأول منها ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إن كان^(١) للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز ، سواء أذنت في رجل معين ، أو مطلقا فقالت : قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد . فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له ، دخل بها الثاني أو لم يدخل . وهذا قول الحسن ، والزهري ، وقتادة ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وبه قال عطاء ، ومالك ، ما لم يدخل بها الثاني . فإن دخل بها الثاني صار أولى ، لقول عمر : « إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني » ، ولأن الثاني اتصل بعقده القبض فساكن أحق .

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانَ فَيَهِيَ لِلأَوَّلِ » أخرج حديث سمرة أبو داود ، والترمذي ، وأخرجه النسائي عنه ، وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن علي ، وشريح . ولأن الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج ، فكان باطلا ، كما لو علم أن لها زوجا ، ولأنه نكاح باطل لو عرى عن الدخول ، فكان باطلا وإن دخل [بها] ، كنكاح المعتدة والمرتدة وكما لو علم . فأما حديث عمر رضي الله عنه فلم يصححه أصحاب الحديث ، وقد خالفه قول علي رضي الله عنه ، وجاء على خلاف حديث النبي صلى الله عليه وسلم ، وما ذكره من القبض لا معنى له ، فإن النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ، ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة .

(١) في المخطوطة ٣٩ . لأنه عوضه . (٢) في المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : إذا كان .

(فصل)

٥١٧٨

إذا استوى الأولياء في الدرجة كالإخوة وبنيهم ، والأعمام وبنيهم ، فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما تقدم إليه مُحَيَّصَةٌ^(١) ، وَحُوبَصَةٌ ، وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « كَبَّرَ كَبِيرٌ^(٢) » . أى : قدم الأكبر ، قدم الأكبر . فتكلم حوبصة . وإن تشاؤوا ولم يقدموا الأكبر أقرع بينهم ، لأن حقهم استوى في القرابة . وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد السفر أقرع بين نسائه لتساوى حقوقهن ، كذا ههنا ، فإن بدر واحد منهم فزوج كفوًا بإذن المرأة صح ، وإن كان هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره ، لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية ، بإذن موليته ، فصح كما لو انفرد ، وإنما القرعة لإزالة المشاحة .

﴿مسألة﴾

٥١٧٩

قال ﴿ فإن دخل بها الثانى وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما ، وكان لها عليه مهر مثلها ، ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض ، بعد آخر وقت وطئها الثانى ﴾ .

أما إذا علم الحال قبل وطء الثانى لها فإنها تدفع إلى الأول ، ولا شيء على الثانى ، لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً . وإن وطئها الثانى وهو لا يعلم فهو وطء شبهة ، يجب لها به المهر ، وترد إلى الأول ، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضى عدتها بثلاث حيض إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل . نص عليه أحمد ، وهو قول قتادة ، والشافعى ، وابن المنذر . وقال أحمد رحمه الله : لها صداق بالميسر ، وصداق من هذا ، ولا يرد الصداق الذى يؤخذ من الداخل بها على الذى دفعت إليه ، وذلك لأن الصداق فى مقابلة الاستمتاع بها ، فكان لها دون زوجها ، كالأوطى وطئت بشبهة أو مكرهة . ولا يحتاج هذا النكاح الثانى إلى فسخ ، لأنه باطل . ولا يجب لها المهر إلا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج ، لأنه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل ، لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر : أن الواجب المسمى ، قال القاضى : هو قياس المذهب ، والأول أصبح لما قلناه ، والله أعلم .

﴿مسألة﴾

٥١٨٠

قال ﴿ فإن جهل الأول منهما فسخ النكاحان ﴾ .

(١) حويصة بضم ففتح فياء مشددة كما فى القاموس . ومشددة مكسورة كما فى هامش سيرة ابن هشام ج ٢ ص ٦٣ . وبعد الياء صاد مفتوحة . ومحيصه بضم ففتح فياء مشددة مفتوحة وصاد مفتوحة (ف) .
(٢) أخرجه البخارى ومسلم عن سهل بن أبى حنيفة فى القيامة (ف) .

وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما فلا فرق بين ألا يعلم كيفية وقوعهما ، أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه ، أو يعلم بعينه ثم يشك ، فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً . نص عليه أحد في رواية الجماعة ، ثم تزوج من شأت منهما ، أو من غيرها . وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك وعن أحد رواية أخرى : أنه يقرع بينهما ، فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ، ثم يجدد القارع نكاحه ، فإن كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئاً ، وإن كانت زوجة الآخر بانت منه بطلاقه ، وصارت زوجة هذا بعقده الثاني ، لأن القرعة تدخل لتمييز الحقوق عند التساوي ، كالسفر بإحدى نسائه ، والبداء بالمبيت عند إحداهن ، وتعيين الأنصباء في القسمة .

وقال الثوري وأبو ثور : يجبرها السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلاقاً ، فإن أياها فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الأول ، لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح ، فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ ، لأنه تعذر إمضاؤه . وهذا لا يصح ، فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله ، كما لو اختلف المتبايمان في قدر الثمن . فإن العقد لا يزول إلا بفسخه ، كذا ههنا . وقد روى عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وحامد بن أبي سليمان : أنها تخير ، فأيهما اختارته فهو زوجها ، وهذا غير صحيح ، فإن أحدهما ليس بزوجه لها ، فلم تخير بينهما ، كما لو لم يعقد إلا أحدهما ، كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء ، أو على المرأة زوجها ، إلا أن يريدوا بقولهم : إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينها وبين الآخر ، ثم عقد المختار نكاحها ، فهذا حسن ، فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعاً ، وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما . فإن أبت أن تختار لم تجبر وكذلك ينهى أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تجبر على نكاحه ، لأنه لا يعلم أنه زوجها ، فيتعين إذا فسخ النكاحين ، ولها أن تزوج من شأت منهما أو من غيرها في الحال إن كان قبل الدخول ، وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه .

(فصل)

٥١٨١

فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ، ولاينة لها ، لم يقبل قولها ، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل لإقرارها ، نص عليه أحمد . وقال أصحاب الشافعي : يقبل ، كما لو أقرت ابتداء .

ولنا : أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير^(١) فلم يقبل لإقرارها في إبطال حقه ، كما لو أقرت عليه بطلاق : وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت ، لم تستحلف لذلك . وقال أصحاب الشافعي : تستحلف ، بناء منهم على أن إقرارها مقبول . فإن فرق بينها وبين أحدهما لا اختيارها لصاحبه ،

(١) في المخطوطة ٣٩ : الزوج الآخر .

أو الوقوع القرعة له ، وأقرت . له أن عقده سابق ، فينبغي أن يقبل إقرارها ، لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع ، فأشبهه مالو لم يكن صاحب عقد آخر .

(فصل)

٥١٨٢

وإن علم أن المقدين وقعا معاً لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان ، لا حاجة إلى فسخهما ، لأنها باطلان من أصلهما ، ولا مهر لها على واحد منهما ، ولا ميراث لها منهما ، ولا يرثها واحد منهما كذلك . وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما . فروى عن أحد : أنه يجب لها نصف المهر ، وبقرعان عليه ، لأن عقد أحدهما صحيح ، وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول ، فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالما ، وقال أبو بكر : لا مهر لها ، لأنها مجبران على الطلاق ، فلم يلزمها مهر ، كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لفسره أو عفته وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها ، فيوقف الأمر حتى يصطاحا عليه . ويحتمل أن يقرع بينهما ، فن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث . وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فللميراث لها من الآخر ، وهي تدعى ربع ميراث من أقرت له . فإن كان قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه . وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة ، فالقول قولهم مع أيمانهم ، فإن نكلوا قضى عليهم . وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما وببرأ . واحتمل أن يقرع بينهما ، فن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه . وقد روى حنبل عن أحد ، في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ، ثم مات الأب ولم يعلم أيهن زوج ، يقرع بينهما ، فأيتهن أصابها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه ، والله أعلم .

(فصل)

٥١٨٣

وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ، ثم فرق بينهما ، وقلنا بوجوب المهر ، وجب على المقر له دون صاحبه ، لإقراره لها به ، وإقرارها ببراءة صاحبه . وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك . وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه ، واحتمل ألا يقبل إقرارها له ، كما لم تقبله في نفسها . وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة كل واحد منهما الإنكار لاستحقاقها ، لأن موروثه قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها ، وسبقه^(١) بأعقد عليها ، وإن لم يقر لواحد منهما أقرع بينهما وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة ، وإن كان أحدهما قد أصابها فإن كان هو المقر له ، أو كانت لم تقر لواحد منهما ، فلها المسمى ، لأنه مقر لها به وهي لا تدعى سواء . وإن كانت مقررة للآخر فهي تدعى مهر المثل ، وهو يقر لها بالمسمى ، أو اصطلاحاً فلا كلام ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : وبالسبق .

وأن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط ، فإن كان المسمى أكثر فهو مقر لها بالزيادة ، وهي تفكرها فلا تستحقها ، والله أعلم .

(فصل)

٥١٨٤

وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ، ثبت النكاح وتوارثا ، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان ، والصحيح أنه مقبول ، لأنها رشيدة أقرت بمقد يلزمها حكمه ، فقبل إقرارها ، كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها ، فأنكر أبوها تزويجها ، لم يقبل إنكاره ، لأن الحق على غيره ، وقد أقر به ، وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عتيهما ، فأقرت المرأة بذلك ، وأنكر الشاهدان ، لم يلتفت إلى إنكارهما ، لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار ، ويحتمل ألا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها ، لأن تزويجها إليه دونها . فإن ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها ، وإن مات قبلها فاعترفت بما قال ورثته ، لكمال الإقرار منهما بتصديقها ، وكذلك لو أقرت المرأة دونه ، مات قبل أن يصدقها لم ترثه ، وإن ماتت فصدقها ورثها ، لما ذكرنا^(١) .

﴿مسألة﴾

٥١٨٥

قال ﴿ وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل ﴾

أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده ، فإن نكح لم ينقذ نكاحه في قولهم جميعاً . وقال ابن المنذر : أجمعوا على أن نكاحه باطل ، والصواب ما قلنا إن شاء الله . فإنهم اختلفوا في صحته . فمن أحمد في ذلك روايتان . أظهرهما : أنه باطل ، وهو قول عثمان ، وابن عمر ، وبه قال شريح ، وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد : أنه موقوف على إجازة السيد ، فإن أجاز له جاز ، وإن رده بطل ، وهو قول أصحاب الرأي ، لأنه عقد يقف على الفسخ ، فوقف على الإجازة كالوصية .

ولنا : ما روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أئماً عبد تزوج بغير إذن مَوالِيه فهو عاهر^(٢) » . رواه الأثرم ، وابن ماجه . وروى الخلال بإسناده ، عن موسى بن عقبة ، عن نافع ، عن ابن عمر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أئماً عبد تزوج بغير إذن مَوالِيه فهو زَانٍ » قال حنبل : ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله قال : هذا حديث مفكر ، ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود^(٣) .

(١) في المخطوطة ٣٩ : لما ذكر . (٢) الماهر والزاني بمعنى واحد .

(٣) في المخطوطة ٢٠ : بدووت شهود .

﴿مسألة﴾

٥١٨٦

قال ﴿ فإن دخل بها فعلى سيده خمسا المهر ، كما قال عثمان رضى الله عنه ، إلا أن يجاوز الحسان قيمته ، فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه ﴾
في هذه المسألة خمسة فصول :

الأول : في وجوب المهر وله حالان .

أحدهما : ألا يدخل بها ، فلامهر لها ، لأنه عقد باطل ، فلا توجب بمجرد شيثا كالبيع الباطل . وهكذا سائر الأنكحة الفاسدة لا توجب بمجرد شيثا .

(الحال الثانى)

أن يصيبها ، فالصحيح من المذهب : أن المهر يجب ، رواه عنه جماعة . وروى عنه حنبل : أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ، وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول ، فيكون موافقا لرواية الجماعة ، ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق . وهو قول ابن عمر ، رواه الأثرم عن نافع . قال : كان إذا تزوج مملوك لابن عمر بغير إذنه جلده الحد ، وقال للمرأة : إنك أبحت فرجك ، وأبطل صداقها . ووجهه : أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح ، فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا . قال القاضى : هذا إذا كانا عابدين بالتحرير ، فأما إن جهلت المرأة ذلك فلها المهر . لأنه لا ينقص عن وطء الشبهة ، ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال ، بل يجب [مهرها] في ذمة العبد تنتفع به بعد العتق ، وهو قول الشافعى الجديد ، لأن هذا حق لزمه برضى من له الحق ، فكان محله الذمة كالدين ، والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام : « أَيْمًا امْرَأَةً نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَإِيَّاهَا فَتُكَأَحُمُ بِأَطْلٍ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . وهذا قد استحل فرجها ، فيكون مهرها عليه ، ولأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح ، فكان المهر واجبا كسائر الأنكحة الفاسدة .

(الفصل الثانى)

٥١٨٧

أن المهر يتعلق برقبته ، يباع فيه ، إلا أن يفديه^(١) السيد ، وقد ذكرنا احتمالا آخر : أنه يتعلق بذمة العبد ، والأول أظهر . إلا أن الوطء أجرى مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير إذن المولى ، ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الأنكحة الفاسدة ، ولو لم تجز مجراها ما وجب شيء ، لأنه برضا المستحق والله أعلم .

(الفصل الثالث)

٥١٨٨

أن الواجب من المهر خمسه ، وهو قول عثمان بن عفان رضى الله عنه ، وعمل به أبو موسى ، وعن

(١) في المطبوعة الثالثة : إلا بفدية السيد .

أحمد : أنها إن علمت أنه عبد فلها خمسا المهر ، وإذا لم تعلم فلها المهر في رقبة العبد ، وعنه : أن الواجب مهر المثل ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه وطء يوجب المهر ، فأوجب مهر المثل بكاله كالوطء في النكاح بلا ولي ، وفي سائر الأنسكة الفاسدة ، ووجه الأولى ما روى الإمام أحمد بإسناده عن حلاس ، أن غلاماً لأبي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى ، فكتب في ذلك إلى عثمان ، فكتب إليه عثمان : أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها ، وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأن المهر أحد موجبي الوطء ، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحذف فيه ، أو أحد العوضين في النكاح ، فينقص العبد كعدد المنكوحات .

(الفصل الرابع)

٥١٨٩

أنه يجب خمسا المسمى ، لأنه صار فيه إلى قصة عثمان رضى الله عنه ، وظاهرها : أنه أوجب خمسى المسمى ، ولهذا قال : وكان صداقها خمسة أبعرة ، ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ، ولأوجب القيمة وهي الأثمان دون الأبعرة ، ومحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل ، لأنه عوض عن جنابة ، فكان المرجع فيه إلى قيمة المحل ، كسائر أرؤش^(١) الجنائيات ، وقيمة المحل مهر المثل .

(الفصل الخامس)

٥١٩٠

أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة ، لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد ، بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء . فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة ، فلم تلزمه زيادة عليه . وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك ، لأنه أرشُ الجنابة ، فلا يجب عليه أكثر منها ، والخيرة في تسليم العبد وفدائه إلى السيد ، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع بأبـيـن من هذا .

(فصل)

٥١٩١

إذا أذن السيد لعبد في تزويجه بمعينة ، أو من بلد معين ، أو من جنس معين ، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد ، والحكم فيه كما ذكرنا وإن أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحاً فاسداً وكذلك ، لأنه غير مأذون له فيه . وإن أذن له في النكاح وأطلق ، فنكح نكاحاً فاسداً احتمل أن يكون كذلك ، لأن الإذن في النكاح لا يتناول الفاسد ، واحتمل أن يتناوله إذنه ، لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله . وإن أذن له في نكاح فاسد وحصلت الإصابة فيه ، فعلى سيده جميع المهر ، لأنه بإذنه والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥١٩٢

قال ﴿ وإذا تزوج الأمة على أنها حرة فأصاها وولدت منه فالولد حر ، وعليه أن يفديهم ، والمهر

(١) الأروش جمع أرش بفتح فسكون ، والأرش هو المال الواجب فيما دون قتل النفس من الجنائيات . انظر (تعريفات الجرجاني ، ص ٩) .

المسمى . ويرجع به على من غره ، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإمام ، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح فرضى بالمقام فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق ﴿
في هذه المسألة ستة فصول :

(أحدها)

٥١٩٣

أن النكاح لا يفسد بالفرور ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : يفسد ، لأنه عقد على حرة ولم يوجد ، فأشبهه ما لو قال : بعتك هذا الفرس ، فإذا هو حمار .
ولنا : أن المعقود عليه فى النكاح الشخص دون الصفات ، فلا يؤثر عدمها فى صحته ، كما لو قال : زوجتك هذه البيضاء فإذا هى سوداء ، أو هذه الحسنة فإذا هى شوهاء ، وكذا يقول فى الأصل الذى ذكره ، أن العقد الذى ذكره صحيح . لأن المعقود عليه المين المشار إليها ، وإن سلمناه فالفرق بينهما من وجهين . أحدهما : أن "مَمَّ" فانت الذات ، فإن ذات الفرس غير ذات الحمار ، وههنا اختلاف فى الصفات .
والثانى : أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات ، بدليل أنه يرد بفوات أى شىء كان فيه نفع منها ، والنكاح بخلافه .

(الفصل الثانى)

٥١٩٤

أن أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه ، لأنه اعتقد حريتها ، فكان أولاده أحراراً لا اعتقاده ما يقتضى حريتهم ، كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكاً لبائعها ، فبانت مفضوبة بعد أن أولدها .

(الفصل الثالث)

٥١٩٥

أن على الزوج فداء أولاده ، كذلك قضى عمر رضى الله عنه ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهما ، وهو قول مالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وعن أحمد رواية أخرى : ليس عليه فداؤهم .
لأن الولد بتمتع حر الأصل ، فلم يضمه سيد الأمة ، لأنه لم يملكه . وعنه أنه يقال له : أفد أولادك وإلا فهم يتبعون أمهم . فظاهر هذا أنه خير بين فدائهم وبين تركهم رقيقاً ، لأنهم رقيق بحكم الأصل ، فلم يلزمه فداؤهم ، كما لو وطئها وهو يعلم رقبها : وقال الخلال : اتفق عن أبى عبد الله أنه يفدى ولده ، وقال إسحق عنه فى موضع : إن الولد له ، وليس عليه أن يفديهم ، وأحسبه قولاً أول لأبى عبد الله ، والصحيح أن عليه فداءهم ، لقضاء الصحابة به ، ولأنه نماء الأمة المملوكة ، فسبيله أن يكون مملوكاً لملكها ، وقد فوت رقه باعتقاده الحرية ، فلزمه ضمانهم كما لو فوت رقهم بفعله ، وفى فدائهم ثلاث مسائل .
الأولى : فى وقته .

وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر ، وعلى ، وابن عباس رضى الله عنهم ، وهو قول الشافعى ،

وقال أبو ثور ، والنورى ، وأصحاب الرأى : يضمهم بقيمة يوم الخصومة ، لأنه إنما يضمهم بالمنع ، ولم يضمهم إلا حال الخصومة .

ولنا : أنه محكوم بحريته عند الوضع ، فوجب أن يضمه ، لأنه فات رقه من حينئذ ، ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لملك الأمة ، فلم يضمها كما بعد الخصومة . فإن قيل : فقد كان محكوما بحريته وهو جنين ، قلنا : إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته ، والاطلاع عليه ، فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه ، وهو حال الوضع .

المسألة الثانية : في صفة الفداء

وفيه ثلاث روايات :

أحدها : بقيمة ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ نَصِيبٌ شَرِيكُهُ ^(١) » ، ولأن الحيوان من المتقومات لا من ذوات الأمثال ، فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلفه .

والثانية : يضمهم بمثلهم عبدا ، الذكر بذكر ، والأنثى بأنثى ، لما روى سعيد ابن المسيب قال : أَبَقْتُ ^(٢) جارية لرجل من العرب ، وانتمت إلى بعض العرب ، فتزوجها رجل من بنى عُدْرَةَ ، ثم إن سيدها دب فاستاقها ، واستاق ولدها ، فاختموها إلى عمر رضى الله عنه ، فقضى للعُدْرَى بفداء ولده بفرقة غرة ^(٣) مكان كل غلام ، ومكان كل جارية بجارية ، وكان عمر يقوم الفرقة على أهل القرى ، ومن لم يجد غرة ^(٤) ستين دينارا ، ولأن ولد المفروق حر ، فلا يضم بقيمته كسائر الأحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريبا ، لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال ، ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة ؛ وهو قول أبى بكر ،

الثالثة : هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم : قال أحمد في رواية الميموني : إما القيمة أو رأس برأس

(١) أخرج الأئمة الستة عن أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ شِقْصًا لَهُ فِي مَالِهِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ » وروى البخارى عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ أَعْتَقَ شَرَكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيمَةٌ عَدْلٌ ، فَأَعْطَى شَرَكَاؤُهُ حَصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ » . الشقص . النصيب . (ف)

(٢) أَبَقْتُ : أى هربت من سيدها .

(٣) الفرقة من العبيد من يكون ثمنه نصف عشر الذية .

(٤) ذكر المؤلف في باب الديات أن الفرقة عبد أو أمة وقال : إن الفرقة قيمتها خمس من الإبل أو خمسون دينارا (ف)

لأنهما جميعاً يرويان عن عمر ، ولكن لا أدري أى الإسنادين أقوى ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقال فى المنع الفدية غرة بغرة بقدر القيمة ، أو القيمة ، وأيهما أعطى أجزاءه ، ووجه ذلك أنه تردد بين الجنيين الذى يضمن بغرة ، وبين إلحاقه بغيره من المضمونات ، فاقضى التخيير بينهما ، والصحيح : أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات ، وقول عمر قد اختلف عنه فيه . قال أحمد فى رواية أبى طالب : وعليه قيمتهم مثل قول عمر ، وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس .

المسألة الثالثة : فيمن يُضمن منهم .

وهو من ولد حياً لوقت يعيش لثله ، سواء عاش أو مات بعد ذلك . وقال مالك ، والثورى ، وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة . وهذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه ، فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش فى مثله ، وهو دون ستة أشهر فلا ضمان ، لأنه لا قيمة له .

(الفصل الرابع فى المهر)

٥١٩٦

ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإمام أولاً . فإن كان ممن يجوز له نكاح الإمام ، وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى . وإن لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها ، لأن الفسخ تعذر من جهتها فهى كالمعينة يفسخ نكاحها ، وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإمام فالعقد فاسد من أصله ، ولا مهر فيه قبل الدخول ، فإن دخل بها فعليه مهرها . وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإمام لكن تزوجها بغير إذن سيدها ، أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح .

(الفصل الخامس)

٥١٩٧

أنه يرجع بما غرمه على من غره فى المهر وقيمة الأولاد ، وهذا اختاره الخرقى ، ورواية عن أحمد . قال ابن المنذر : كذلك قضى عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وبه قال الشافعى فى القديم . والرواية الأخرى : لا يرجع بالمهر ، وهو اختيار أبى بكر قال : وهو قول على ، وبه قال الثورى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد ، لأنه وجب عليه فى مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطاء ، فلم يرجع به ، كما لو اشترى مفضولاً فأكله ، بخلاف قيمة الولد ، فإنها لم تحصل فى مقابلة عوض ، لأنها وجبت بحرية الولد للولد لأبيه .

قال القاضى : والمذهب أنه يرجع بالمهر ، لأن أحمد قال : كنت أذهب إلى حديث على ، ثم كأنى هبته ، وكأنى أميل إلى حديث عمر ، يعنى فى الرجوع ، ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطاء كما ضمن له سلامة الولد ،

فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر . قال : وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها ، كما يرجع بالمهر ، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا . وقال : إذا ثبت هذا ، فإن كان الغرور من السيد فقال : هي حرة ، عتقت ، وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له ، لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه . وإن كان الغرور من وكيله رجع عليه في الحال . وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً وإن كان منها فليس لها في الحال مال ، فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده ، هل يتعلق برقبته أو بدمته يُدَّعَى به بعد العتق ؟ قال القاضي : قياس قول الخرق أنه يتعلق بدمتها ، لأنه قال في الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها : يتبعها به إذا عتقت ، كذا هي هنا ، ويتبعها بجميعه .

وظاهر كلا أحد : أن الغرور إذا كان من الأمة لم يرجع على أحد ، فإنه قال : إنا جاءت الأمة فقالت : إني حرة ، فوالت أسرها رجلا فزوجها من رجل ، ثم ظهر عليها مولاه ، قال : فسكك ولده على الأب ، لأنه لم يفره أحد . وأما إذا غره رجل فزوجها على أنها حرة ، فالفداء على من غره . يروى هذا عن علي ، وإبراهيم ، وحامد ، وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا : يتعلق رقبته ، فالسيد مخير بين فداها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها ، أو يسلمها . فإن اختار فداها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج ، فإنه لا فائدة في أن نوجهه عليه ثم نرده إليه . وإن اختار تسليمها سلمها ، وأخذ ماوجب له .

وذكر القاضي : أن الغرور الموجب للرجوع : أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد ، فيقول : زوجتكها على أنها حرة ، فإن لم تكن كذلك لم تملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي . والصحيح خلاف هذا ، قال : لأن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ، ولم يستفصلوا . والظاهر أن العقد لم يقع هكذا ، ولم تجر العادة به في العقود ، فلا يجوز حل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنتقل ، ولأن الغرور قد يكون من المرأة ، ولا لفظ لها في العقد ، ولأنه متى أخبره بحريتها أو أوهمه ذلك بقرائن فغلب على ظنه حريتها ، ففككها على ذلك ، ورغب فيها بقاء عليه ، وأصدقها صداق الحرائر ، لزمه الفرم ، فقد استتضر بقاء على قول الخبر له والغار ، فتجب إزالة الضرر عنه بإثبات ، ثم الرجوع على من غره وأضر به . فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم ، وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه ، والله أعلم .

(الفصل السادس)

٥١٩٨

أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء ، وهو ممن يجد الطول^(١) أو لا يخشى العنت فإنه

(١) الطول . القدرة واليسار .

يفرق بينهما ، لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله ، لعدم شرطه ، وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها ، أو اختل شرط من شروط النكاح ، فهو فاسد يفرق بينهما ، والحكم في الرجوع طى ما ذكرنا .

وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء ، وكانت شرائط النكاح مجتمعة ، فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح . وهذا معنى قول الخرق : فرضى بالمقام معها على النكاح . وهذا الظاهر من مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا خيار له ، لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة ، لأنه يملك الطلاق .

وأما : أنه عقد غرّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر ، فنبت له الخيار كالأخر ، فإن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً في استرقاق ولده ، ورقّ امرأته ، وذلك أعظم من فقد الكفاءة^(١) ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر ، فإنه يسقط نصف المسمى ، والفسخ يسقط جميعه . فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضى بالمقام معها فله ذلك ، لأنه يحل له نكاح الإماء ، وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها ، لأن المانع من رقيم في الغرور اعتقاد الزوج حرّيتها ، وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فمלת منه ، ثم علم قبل الوضع فهو حر ، لأنه وطئها بعتقد حرّيتها .

(فصل)

٥١٩٩

والحكم في اللدرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القنّ ، لأنها ناقصة بالرق ، إلا أن ولد أم الولد واللدرة يقوم كأنه عبده حكم أمّه ، وكذلك من أعتق بعضها ، إلا أنه إذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق ، لأن بقيته حر بحرية أمه ، لا باعتقاد الوطء . فإن كانت مكاتبه فكذلك ، إلا أن مهرها لها ، لأنه من كسبها ، وكسبها لها ، وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال أبو بكر : ويكون ذلك لها تستمين به في كتابتها ، فإن كان الغرور منها فلا شيء لها ، إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها . وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ، ويرجع به على من غره .

(فصل)

٥٢٠٠

ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ، فإن قام بذلك بيّنة ثبت ، وإن أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث : لا يستحقها بإقرارها ، وذلك لأن إقرارها يزيل النكاح عنها ، ويثبت حقاً على غيرها ، فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل : لا شيء له حتى يثبت ، أو تقر هي أنها أمة ، فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها ، لأنها مقرة على نفسها بالرق ، أشبه غير الزوجة . والأول أولى ، ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق ، بعد إقرارها بالحرية ، لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى .

(١) في المخطوطة ٢٠ . من فقدان الكفاءة .

٥٢٠١

(فصل)

إذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب ، فألقت جنيناً ميتاً ، فعلى الضارب غرة ، لأن هذا الجنين محكوم بحريته ، ويرثها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل ، وإن كان الضارب أباه لم يرثه ، وورثه أقاربه ، ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عُشر قيمة أمه ، لأن الواطئ فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ، ولولاه لوجب له ذلك .

٥٢٠٢

(فصل)

إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح ، وهذا قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي^(١) ، لأن اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد ، كما لو تزوج أمة على أنها حرة ، وهذا إذا كملت شروط النكاح ، وكان ذلك بإذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة ، وقلنا : الحرية ليست من شروط الكفاءة ، أو وإن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح ، فهو صحيح ، والمرأة الخيار بين الفسخ والإمضاء ، فإن اختارت إمضاءه فلا ولياؤها الاعتراض عليها ، لعدم الكفاءة ، وإن كانت أمة فيذبني أن يكون لها الخيار أيضاً ، لأنه لما ثبت الخيار للعبد إذا غرّ من أمة ، ثبت للأمة إذا غرّت بعبد ، وكل موضع حكمنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، أو المسمى ، على ما قدمنا من الاختلاف^(٢) ، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعده فلها المسمى ، لأنه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق .

٥٢٠٣

(فصل)

فإن غرها بنسب ، فبان دونه ، وكان ذلك مخلاً بالكفاءة ، وقلنا بصحة النكاح ، فلها الخيار . فإن اختارت الإمضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها ، وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها ، لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح ، فأشبه ما لو شرطه فقيها فبان بخلافه ، وكذلك إن شرطت غير النسب ، فإن كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافئ لها في النسب ، وإن لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال وأشباه ذلك ، فلا خيار لها ، لأن ذلك مما لا يعتبر في النكاح ، فلا يؤثر اشتراطه . وذكر فيما إذا بان نسبه دون ما ذكر وجه في ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة ، والأولى ما ذكرناه والله أعلم .

٥٢٠٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ، ويفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من غره﴾

(١) في المخطوطة ٣٩ : وقول للشافعي

(٢) في المخطوطة ٣٩ : من الخلاف .

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار ، وقال أبو حنيفة : يكون رقيقاً ، لأن أبويه رقيق ، وليس ذلك بصحيح ، فإنه وطئها معتقداً حرّيتها ، فكان ولده حراً كولد الحر ، فإن هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ، ولولا ذلك لكان رقيقاً ، فإن علة رق الولد رق الأم خاصة ، ولا عبرة بحال الأب بدليل ولد الحر من الأمة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم ، لأنه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال ، فيخرج في ذلك وجهان .

أحدهما : يتعلق برقبته بمنزلة جنائته .

والثاني : بذمته يتبع به بعد العتق ، بمنزلة عوض الخلع من الأمة إذا بذلته بغير إذن سيدها . ويفارق الاستدانة والجناية ، ولأنه إذا استدان أتلّف مال الغريم ، فكان جنابة منه ، وههنا لم يحن في الأولاد جنابة ، وإنما عتقوا من طريق الحكم ، وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ، ويرجع به حين يفرمه ، فإنه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتمجّل في الحال ، وإن قلنا إن الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ، ويثبت للعبد انخيار إذا علم ، كما ثبت للحر لمن يحل له نكاح الإماء ، لأن عليه ضرراً في رق ولده ، ونقصاً في استمتاعه ، فإنها لا تنبت معه ليلاً ونهاراً ، ولم يرض به . ويحتمل ألا يثبت له خيار ، لأنه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته ، فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه ، لأنها مساوية لنسبه بخلاف تقرير الحر .

وقال بعض الشافعية : لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم : فيه قولان ، والأولى ما ذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالمرء واجب لا يرجع به على أحد ، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده والنكاح بإذن سيده فالمرء واجب عليه ، وفي الرجوع به خلاف ذكرناه فيما مضى ، وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد ، فإن دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان . أحدهما : مهر المثل . والثاني : الخمان ، وهل يرجع به ؟ على وجهين .

(فصل)

٥٢٠٥

فإن شرط أنها مسلمة فبانت ككافرة فله الخيار ، لأنه نقص وضرر يتعمد إلى الولد ، فأشبهه مالو شرطها حرة فبانت أمة .

(فصل)

٥٢٠٦

فإن شرطها بكراً فبانت ثيباً فمن أحد كلام يحتمل أمرين أحدهما : لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب ، فلا يرد منه بمخالفة الشرط . والثاني : له الخيار ، لأنه شرط صفة مقصودة

فإن خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية . وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه ، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو شرطها طويلة فبانت قصيرة ، أو حسناء فبانت شوهاء ، خرج في ذلك كله وجهان ، ونحو هذا مذهب الشافعي .

وقال أبو ثور : القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف ، وإن كان إجماعاً . فالإجماع أولى من النظر . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً وافق أبا ثور على مقالته ، ومن أئزم الزوج من هذه صفتها الثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . وأصحاب الرأي .

وروى الزهري : أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجدها عذراء ، كانت الحيضة خرقت عذرتها ، فأرسلت إليه عائشة : إن الحيضة تذهب العذرة يقيناً . وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء : ليس عليه شيء ، العذرة تذهبها الوثبة ، وكثرة الحيض ، والتعميش ، والحمل الثقيل ، والله أعلم .

(فصل)

٥٢٠٧

وإذا تزوج امرأة بظنها حرة فبانت أمة ، أو بظنها مسلمة فبانت كافرة ، أو تزوجت عبداً تظنه حراً ، ولمم الخيار كما لو شرط ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة تزوجت عبداً تظنه حراً فلها الخيار . وقال الشافعي في الأمة : لا خيار له ، وفي الكافرة : له الخيار ، وقال بعضهم : فيها جميعاً قولان .

ولنا : أن بعض الرق أعظم ضرراً ، فإنه يؤثر في رق ولده ، ويمنع كمال استمتاعه ، فكان له الخيار كما لو كانت كافرة .

(فصل)

٥٢٠٨

وإن شرطها أمة فبانت حرة ، أو ذات نسب فبانت أشرف منه ، أو على صفة دينية فبانت خيراً من شرطه ، أو كافرة فبانت مسلمة ، فلا خيار له في ذلك ، لأنه زيادة . وقال أبو بكر : له الخيار إذا بانت مسلمة ، لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات ، والأول أولى .

(فصل)

٥٢٠٩

وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه ، وإن فسخ بعده وكان التفريز من له المهر فلا شيء عليه أيضاً ، وإن كان من غيره فعليه المهر يدفعه ، ثم يرجع به على الفار ، فإن كان التفريز من أوليائها رجع عليهم ، وإن علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده ، لأنه الفار ، واحتمل أن يرجع على جميعهم ، لأن حقوق الأدمين في العمد والسهو سواء .

٥٢١٠

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا قال : قد جعلت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين ، فقد ثبت العتق والنكاح ، وإذا قال : أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضاً ثابتين ، سواء تقدم القول العتق أو تأخر ، إذا لم يكن بينهما فصل ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ﴾
في هذه المسألة خمسة^(١) فصول

٥٢١١

(الفصل الأول)

أن ظاهر المذهب : أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح ، نص عليه أحمد في رواية جماعة . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وفعله أنس بن مالك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، والحسن ، والزهرى وإسحاق . وقال الأوزاعي : يلزمها أن تزوجه ، وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً بزوجه . وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح . وقال أبو الخطاب : هي الصحيحة ، واختارها القاضي ، وابن عقيل . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك والشافعي ، لأنه لم يوجد إيجاب وقبول ، فلم يصح لعدم أركانه ، كما لو قال : أعتقتك وسكت ، ولأنها بالعتق تملك نفسها ، فيجب أن يعتبر رضاها ، كما لو فصل بينهما ، ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك ، فلا يجوز أن يستبيح الوطء بالمسمى ، فإنه لو قال : بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح .

ولنا : ما روى أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفية ، وجعل عتقها صداقها » ، متفق عليه ، وفي لفظ « أعتقها وتزوجها » فقلت : يا أبا حمزة ، ما أصدقها ؟ قال نفسها . عتقها ، وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت : أعتقني رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل عتقي صداق . وإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ، ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح ، لأن الصداق لا يتقدم النكاح ، ولو تأخر العتق عن النكاح لم يحز ، فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ، ولأنه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استأنف عقداً ، ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالإمام ، وقولهم : لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير ، فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته ، وعلى أنه إن لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه ، وهو جعل العتق صداقاً ، فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ، وكما لو قال^(٢) الخطاب للولي : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ قال : نعم ، عند أصحابنا . وكما لو أتى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه .

(١) في المطبوعة : خمس فصول

(٢) في المخطوطة ٢٠ : وكما إذا قال .

٥٢١٢

(الفصل الثاني)

أن النكاح ينعقد بقوله : أعتقتك ، وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك ، وبذلك خالياً عن قوله : وتزوجتك ، وهذا لفظ الخرق ، وهو الذي جاء في حديث أنس ، وبقوله : جعلت عتقك صداقك ، وجعلت صداقك عتقك ، وهذا معنى قول الخرق ، سواء تقدم العتق أو تأخر ، ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال : جعلت عتقك صداقك ، أو صداقك عتقك كل ذلك جائز .

٥٢١٣

(الفصل الثالث)

ألا يكون بينهما فصل ، ولو قال : أعتقتك وسكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه ، أو تكلم بكلام أجنبي ثم قال : جعلت عتقك صداقك ، لم يصح النكاح ، لأنها صارت بالعتق حرة ، فيحتاج إلى تزويجها برضاها ، بصداق جديد .

٥٢١٤

(الفصل الرابع)

أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح . نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، وذلك لقوله : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بَوَّائٍ وَشَاهِدَيْنِ » .

٥٢١٥

(الفصل الخامس)

أنه إذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها ، وقد فرض لها نفسها ، ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله ، فرجع بنصف قيمة نفسها . وبهذا قال الحسن ، وأحكم . وقال الأوزاعي : يرجع بربع قيمتها .

ولنا : أنه طلاق قبل الدخول ، فأوجب الرجوع في النصف كسائر الطلاق ، ونعتبر القيمة حالة الإعتاق ، لأنها حالة الإنلاف ، فإن لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تُسْتَقَرُّ فيها ، أو تكون ديناً تنظر به إلى حال القدرة ؟ على روايتين وإن قلنا : إن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعملها قيمة نفسها ، لأنه أزال ما سلكه بموضع لم يسلم له^(١) ، فرجع إلى قيمة المقتول كالبيع الفاسد ، وكذلك إن قلنا : إن النكاح انعقد به فارتدت قبل الدخول ، أو فعلت ما يفسخ به نكاحها ، مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ، ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

٥٢١٦

(فصل)

وإن قال لأتمته : أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ، ويكون عتقك صداقك ، أو لم يقل : ويكون عتقك صداقك فقبلت ، عتقت ، ولم يلزمها أن تزوجه نفسها ، لأنه سلف في نكاح فلم يلزمها ، كما لو أسلف حرة

(١) في المخطوطة ١٨ : لم يسلم إليه .

ألفاً على أن يتزوجها ، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه^(١) فلم يسقط كالشافعي يسقط شفيعته قبل البيع ، ويلزمها قيمة نفسها . أو ما إليه أحد في رواية عبد الله . وهو مذهب الشافعي ، لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له ، فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري ، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول . ويحتمل ألا يلزمها شيء ، بناء على ما إذا قال لعبد : أعتقتك على أن تعطيني ألفاً . وهذا قول مالك ، وزفر ، لأن هذا ليس بلفظ شرط ، فأشبه ما لو قال : أعتقتك وزوجيني نفسك . وتعتبر القيمة حالة العتق ، وبطالبتها في الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل يُنظر إلى اليسرة ، أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين ، أصلهما في المفلس : هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين .

٥٢١٧

(فصل)

وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وتزوجه نفسها ، فتزوجها على ذلك صح ، ولا مهر لها غير ما شرط [لها] من العتق ، وبه قال أبو يوسف . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يكون العتق صداقاً ، لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها^(٢) وهما يملكان القيمة صح الصداق .

ولنا أن العتق صلح صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم ، فيجوز في حق أمته كالدرهم ، ولأنه يصلح عوضاً في البيع ، فإنه لو قال : أعتق عبدك على ألف جاز ، فلأن يكون عوضاً في النكاح أولى ، فإن النكاح لا يقصد فيه العوض ، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباه صح ، نص عليه أحد في رواية عبد الله . إذا ثبت هذا : فإن العتق يصير صداقاً ، كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه ، فإن بذات له نفسها ليتزوجها ، فامتنع لم يجبر ، وكانت له القيمة ، لأنها إذا لم تجبر على تزويجها نفسها لم يجبر هو على قبولها . وحكم المدبرة والمعتقة بصفة ، وأم الولد حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه .

٥٢١٨

(فصل)

فإذا أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ، ولا شيء عليه ، لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به ، فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له لم يلزمه ذلك ، كما لو اشترطت عليه أن يملك داراً . ولو أراد العبد تزويجها لم تجبر ، لأن الشرط لها ، فلا يوجب عليها ، كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك .

٥٢١٩

(فصل)

ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها ، سواء أعتقها لوجه الله تعالى ، أو أعتقها ليتزوجها . وكره

(١) في المخطوطة ١٨ : قبل وجود السبب . (٢) في المخطوطة ١٨ : التي تعلقت بنمناها له .

أنس تزويج من أعتقها الله تعالى ، قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : روى شعبة عن قتادة عن أنس : أنه كره أن يعتق الأمة ثم يتزوجها ؟ فقال : نعم ، إذا أعتقها الله كره أن يرجع في شيء منها .
وانا : ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كانت عندَه جارية فاعلمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » . متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن إليها بإعفائها . وصياتها ، فلم يسكره ، كالأزواج غيرِه ، وليس في هذا رجوع فيما جعل الله ، فإنه إنما يتزوجها بصداقها ، فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل)

٥٢٢٠

وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى استبراء ، سواء كان يطؤها أو لم يكن ، لأن الاستبراء لصيانة الماء ، ولا يمان ذلك عنه . فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا [أن] يتزوجها حتى يستبرئها ، لأنه كان واجباً فلا يسقط بإعتاقها لها ، قال أحمد في الرجل تكون له الأمة ^(١) لا يطؤها فيعتقها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها ، فإن كان يطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ، ومتى شاء ، لأنها في مائه ، قال القاضي : معنى قوله : إن كان يطؤها : أن يحل له وطؤها ، وهي التي قد استبرأها . وقوله : إن كان لا يطؤها ، أي لا يحل له وطؤها ، وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء ، فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها . وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أتمته بمدة ، ولا يلزمها استئناف الاستبراء ، لأن الاستبراء وجب بالشراء لا بالعتق ، فيحسب ابتداءه من حين وجد سببه .

(فصل)

٥٢٢١

وإن قال : أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي ، فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته ، لأنه سلف في النكاح ، وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يلزمه شيء ، لأنه لا فائدة له في العتق . ولنا : أنه أزال ملكه عن عبده بموضع شرطه ، فلزمه عوضه ، كما لو قال : أعتق عبدك عني ، وعلى ثمنه . وكما لو قال : طلق زوجتك وعلى ألف ، فطلقها ، أو قال : ألق متاعك في البحر وعلى ثمنه ، وبهذه الأصول يبطل قولهم : إنه لا فائدة له في العتق .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٢٢

قال ﴿ وإذا قال الخاطب للولي : أزوجت ؟ فقال : نعم ، وقال للزوج : أقبلت ؟ فقال : نعم ، فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان ﴾

(١) في المخطوطة ٢٠ : تكون له أمة .

وقال الشافعي : لا ينعقد حتى يقول معه : زوجتك ابنتي ، ويقول الزوج : قبلت هذا التزويج ، لأن هذين ركني العقد ، ولا ينعقد بدونهما .

ولنا : أن نعم جواب لقوله : أزوجت وقبلت ؟ والسؤال يكون مضمراً في الجواب معاداً فيه ، فيكون معنى نعم من الولي : زوجته ابنتي ، ومعنى نعم من الزوج^(١) : قبلت هذا التزويج ، ولا احتمال فيه ، فيجب أن ينعقد به ، ولذلك لما قال الله تعالى : « هَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا ؟ قَالُوا نَعَمْ »^(٢) . كان لإقراراً منهم بوجود ذلك . أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قيل لرجل : لي عليك ألف درهم ، فقال : نعم ، كان لإقراراً صحيحاً لا يفتر إلى نية ، ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره ، وبمثله تقطع اليد في السرقة ، فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك .

(فصل)

٥٢٢٣

ولو قال : زوجتك ابنتي ، فقال : قبلت ، انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قواعده : لا ينعقد حتى يقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا التزويج ، لأنه كفاية في النكاح يفتر إلى النية والإصمار ، فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع .

ولنا : أن النبيل صريح في الجواب فانهقد به ، كما ينعقد به البيع وسائر العقود . وقولهم : يفتر إلى النية ممنوع ، فإنه جواب ، فلا ينصرف إلا إلى المذكور .

(فصل)

٥٢٢٤

وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً ، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه : « زَوَّجْنَاكُمْ »^(٣) . وقوله سبحانه : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ »^(٤) . وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا ، مثل أن يقول : زوجتك بنتي هذه . فيقول : قبلت هذا النكاح ، أو هذا الزوج . ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج ، وبهذا قال سميد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وربيعه ، والشافعي . وقال الثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وداود : ينعقد بلفظ الهبة ، والصدقة ، والبيع ، والتملك . وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان . وقال مالك : ينعقد بذلك إذا ذكر للمهر ، واحتجوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة فقال : « قَدْ مَلَكَتْكُمْ بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ » . رواه البخاري ، ولأنه لفظ ينعقد به تزويج

(٢) سورة الأعراف آية ٤٤ .

(١) في المخطوطة ١٨ : من الزوج .

(٤) سورة النساء آية ٢٢ .

(٣) سورة الأحزاب آية ٣٧ .

النبي صلى الله عليه وسلم ، فانهقد به نكاح أمته ، كلفظ الإنكاح والتزويج ، ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه ، فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالكنايات .

ولنا : قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين^(١) » فذكر ذلك خالصاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال ، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا .

وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح ، والكتابة إما تعلم بالنية ، ولا يمكن الشهادة على النية ، لعدم اطلاعهم عليها ، فيجب ألا ينعقد . وبهذا فارق بقية العقود والطلاق ، وأما الخبر فقد روى : زوحتكم وأنكحتكم ، وزوجناكم ، من طرق صحيحة ، والقصة واحدة ، والظاهر أن الراوى روى بالمعنى^(٢) ظناً منه أن معناها واحد ، فلا تكون حجة ، وإن كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الألفاظ فلا حجة له فيه ، لأن النكاح انمقد بأحدها ، والباقي فضلة .

(فصل)

٥٢٢٥

ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وعند أبى حنيفة : ينعقد ، لأنه أتى بلفظه الخاص ، فانهقد به كما ينعقد بلفظ العربية .

ولنا : أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة ، فلم يصح كلفظ الإحلال ، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه ، لأنه عاجز عما سواه ، فسقط عنه كالأخرس ، ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربى ، وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها . وقال أبو الخطاب : عليه أن يتعلم ، لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتكبير ، ووجه الأول : أن النكاح غير واجب ، فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع ، بخلاف التكبير . فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذى يحسن العربية بها ، والآخر يأتي بلسانه ، فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التى أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً .

(فصل)

٥٢٢٦

فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها ، لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة ، فصح

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) فى المخطوطة ١٨ : رواها بالمعنى

بإشارته كبيعه وطلاقة ولعانه . وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، لأن النكاح عقد بين شخصين ، ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولو فهم ذلك صاحبه الماقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً ، لأن الشهادة شرط ، ولا يصح على مالا يفهم ، قال أحمد : لا يزوجه وليه ، يعنى إذا كان بالغا ، لأن الحرس لا يوجب الحجر ، فهو كالصمم .

(فصل)

٥٢٢٧

إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة ، سواء كان بلفظ الماضى ، مثل أن يقول : تزوجت ابنتك ، فيقول زوجتك ، أو بلفظ الطلب كقوله : زوجنى ابنتك ، فيقول زوجتكها . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : يصح فيهما جميعاً ، لأنه قد وجد الإيجاب والقبول ، فيصح كما لو تقدم الإيجاب .

ولنا : أن القبول إما يكون للإيجاب ، فتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه ، فلم يصح كما لو تقدم بلفظ الاستفهام ، ولأنه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح ، فإذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولأنه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال : قبلت هذا النكاح ، فقال الرلى : زوجتك ابنتى ، لم يصح ، ولأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى . وأما البيع فلا يشترط فيه صيغة الإيجاب والقبول ، بل يصح بالمعاطاة ، ولأنه لا يتمين فيه لفظ ، بل يصح بأى لفظ كان ، مما يؤدى للمعنى ، ولا يلزم الخلع ، لأنه يصح بعملية على الشروط .

(فصل)

٥٢٢٨

وإذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئةً صح ، لأن النبی صلى الله عليه وسلم قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ وَجِدُّهُنَّ جِدٌّ : الطَّلَاقُ وَالنِّكَاحُ وَالرَّجْمَةُ » . رواه الترمذى . وعن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَنْ نَكَحَ لَا عِيَا أَوْ طَلَّقَ لَا عِيَا أَوْ أَعْتَقَ لَا عِيَا جَازٌ ^(١) » . قال عمر : أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق ، والنكاح ، والمعتاق ، والنذر : وقال على : أربع لا لعب فيهن : الطلاق ، والمعتاق ، والنكاح ، والنذر ^(٢) .

(فصل)

٥٢٢٩

وإذا تراخى القبول عن الإيجاب صح ما دام في المجلس ، ولم يقشاعلا عنه بغيره ، لأن حكم المجلس

(١) أخرج عبد الرزاق عن أبي ذر مرفوعاً « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، وأعتق وهو لاعب فطلاقه

جائز ، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز ، وسنده منقطع (ف)

(٢) ماروى موقوفاً عن عمر وعلى فهو عند عبد الرزاق أيضاً (ف)

حكم حالة العقد ، بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه ، وثبوت الخيار في عقود المعاوضات . فإن تفرقا قبل القبول بطل الإيجاب ، فإنه لا يوجد معناه ، فإن الإعراض قد وجد من جهته بالتفرق ، فلا يكون قبولا ، وكذلك إن تشاغلا عنه بما يقطعه ، لأنه معرض عن العقد أيضاً بالاستغفال عن قبوله . وقد نقل أبو طالب عن أحمد في رجل مشى إليه قوم فقالوا له : زوج فلاناً ، قال : قد زوجته على ألف ، فرجعوا إلى الزوج فأخبروه ، فقال : قد قبلت ، هل يكون هذا نكاحاً ؟ قال : نعم . قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر : مسألة أبي طالب تتوجه على قولين ، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى .

(فصل)

٥٢٣٠

فإن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ، ولم ينعقد بالقبول بعده ، وما لم يضامه القبول لم يكن عقداً ، فبطل بزوال العقل كالعقود تبطل بالموت والجنون . وهذا مذهب الشافعي . وإن زال عقله بنوم لم يبطل حكم الإيجاب ، لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا .

(فصل)

٥٢٣١

ولا يثبت في النكاح خيار . وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط . ولا نعلم أحداً خالف في هذا ، وذلك لأن الحاجة غير داعية إليه ، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد تروّ وفكر ، ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه ، والمعرفة بحاله ، بخلاف البيع الواقع في الأسواق من غير فكر ولا روية ، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة ، ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالعقود عليه برؤية ولا صفة ، ويصح من غير تسمية الموضع ، ومع فساده ، ولأن ثبوت الخيار يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة ، فإن في فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق .

(فصل)

٥٢٣٢

ويستحب أن يخطب العاقد أو غيره قبل التواجب ، ثم يكون العقد بعده ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يَبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ لَهُمْ أَقْطَعُ » وقال : « كُلُّ خِطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهَادَةٌ فَمَيَّ كَأَنِّيِدُ الْجَذْمَاءُ » رواها ابن المنذر ، ويجزىء من ذلك أن يحمدا الله ويتشهد ويصلى على رسول الله صلى الله عليه وسلم والمستحب أن يخطب بخطبة عبدالله بن مسعود ، التي قال : علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة ، والتشهد في الحاجة .

قال : التشهد في الحاجة ، أن الحمد لله ، نحمده ، ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، من يهده الله

(م ١١ — المنق — سابع)

فلا مضل له ، ومن يضل فلا هادى له ، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً عبده ورسوله ، ويقرأ ثلاث آيات « اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ^(١) » « وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ^(٢) » « اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُضْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ ^(٣) » الآية رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن ، قال الخلال : حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس . قال : كان الإمام أحمد بن حنبل : إذا حضر عقد نكاح فلم يُخطَب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود قام وتركهم . وهذا كان من أبي عبد الله من المبالغة في استحبابها ، لا على الإيجاب ^(٤) . فإن حرب بن اسماعيل قال : قلت لأحمد فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود ؟ فوسع في ذلك . وقد روى عن عمر أنه إذا كان دعى ليزوج قال : لا تعصفوا ^(٥) علينا الناس : الحمد لله ، وصلى الله على محمد ، إن فلانا يخطب إليكم ، فإن أنكحتموه فالحمد لله ، وإن رددتموه فسيبhan الله . والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرها وقال الشافعى : المسنون خطبتان هذه التى ذكرناها فى أوله ، وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن السلف خطبة واحدة ، وهو أولى ما اتبع .

(فصل)

٥٢٣٣

والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه إلا داود ، فإنه أوجبها لما ذكرناه . ولنا : أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم ، يارسول الله ، زوجنيها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زَوِّجْتُكَهَا بِمَا مَلَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . متفق عليه ، ولم يذكر خطبة ، وخطب إلى عمر مولاة له ، فما زاد على أن قال : أنكحناك على ما أمر الله ، على إمساك معروف ، أو تسريح بإحسان ، وقال جعفر ابن محمد عن أبيه : إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن وهو يعمرق العرق ^(٦) ، رواها ابن المنذر ، وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بنى سليم ، قال : خطبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانة بنت عبد المطلب ، فأنكحني من غير أن يتشهد ، ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع ، وما استدلوا به يدل على عدم السكال بدون الخطبة ، لا على الوجوب .

(فصل)

٣٢٣٤

ويستحب إعلان النكاح ، والضرب وفيه بالدف ، قال أحمد : يستحب أن يظهر النكاح ، ويضرب

(٢) سورة النساء آية ١

(١) سورة آل عمران آية ١٠٢

(٤) المخطوطة ٢٠ : لا على أنها واجبة

(٣) سورة الأحزاب آية ٧٠ و٧١

(٦) سبق تعريفه

(٥) لا تعصفوا : أى لا تثيروا

فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف ، وقيل له : ما الدف ؟ قال : هذا ^(١) ، الدف ، قال : لا بأس بالفرز في العرس بمثل قول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار :

أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ * فخيونا نحييكم لولا الذهب الأحمر * ما حلت بواديكم
ولولا الخنطة السوداء * ما سرت عذارىكم ولولا الخنطة الحمراء * ما سمعت عذارىكم ^(٢)
لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه

وقال أحمد أيضاً : يستحب ضرب الدف ، والصوت في الإملاك فليل له ما الصوت ؟ قال : يتكلم ويتحدث ، ويظهر ، والأصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فَصْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الصَّوْتُ وَالْدَّفُ فِي النِّكَاحِ » . رواه النسائي . وقال عليه السلام : « اُغْلَنُوا النِّكَاحَ » وفي لفظ : « اُظْهِرُوا النِّكَاحَ » ، وكان يجب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ « واضربوا عَلَيْهِم بِالْفَرْبَالِ » ^(٣)

وعن عائشة أنها زوجت بقيمة رجلا من الأنصار ، وكانت عائشة فيمن أهداها زوجها ، قالت : فلما رجعنا قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ ؟ » قالت : سلمنا ، ودعونا بالبركة ، ثم انصرفنا فقال : « إِنْ الْأَنْصَارُ قَوْمٌ فِيهِمْ غَزَلٌ ، أَلَا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ . فَيَا نَا وَحْيَا كَمْ ؟ » . روى هذا كله أبو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله : لا بأس بالدف في العرس ، والختان ، وأكره الطبل ، وهو المنكر ، وهو الكوبة التي هي النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل —)

٥٢٣٥

فإن عقده بولي وشاهدين فأسروه وتواصوا بكتمان كره ذلك ، وصح النكاح ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر . ومن كره نكاح السر عمر رضي الله عنه ، وعروة ، وعبد الله بن عبيد الله بن عتبة ، والشعبي ، ونافع مولى ابن عمر ^(٤) . وقال أبو بكر عبد العزيز : النكاح باطل ، لأن أحمد قال : إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه . وهذا مذهب مالك ، والحجة لها ما تقدم في الفصل الذي قبل هذا .

(١) الدف على شكل الفربال إلا أنه لا خروج فيه وهو مدور جلد من رق أبيض ناعم لاسلاسل في عرضه (ف)

(٢) في فتح الباري ج ٩ ص ١٨٥ .

فينا وحياءكم ولولا الخنطة السوداء (ف)

(٣) عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اُغْلَنُوا هَذَا النِّكَاحَ وَاضْرِبُوا عَلَيْهِم بِالْفَرْبَالِ » . رواه ابن ماجه

ج ١ ص ٥٨٦ (ف)

(٤) في المخطوطة ٢٠ : مولى ابن عمرو ، وهو خطأ إذ أنه مجهول ولم يرو له شيء من قبل

ولنا : قوله : « لا نكاح إلا بولي » ، مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الإظهار ، ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع ، وأخبار الإعلان يراد بها الاستحباب ، بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت ، وليس ذلك بواجب ، فكذلك ما عطف عليه . وقول أحمد : لا . نهى كراهة ، فإنه قد صرح فيما حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ، ولأن إعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ، ولو كان شرطاً لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط .

(فصل)

٥٢٣٦

ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة ، لأن جماعة من السلف استحبوا ذلك ، منهم سمرة بن حبيب ، وراشد بن سعيد ، وحبيب بن عتبة ، ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام .^(١) والمساية أولى ، بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مَسُوا بِالْإِمْلَاقِ فَإِنَّهُ أَكْظَمُ لِلْبَرْكَاتِ » ، ولأنه أقرب إلى مقصوده ، وأقل لانتظاره .

(فصل)

٥٢٣٧

ويستحب أن يقال للزوج ، بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير وعافية . وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أُرْصُفَةً فقال : « مَا هَذَا » ؟ فقال : إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال : « بَارَكَ اللَّهُ لَكَ ، أَوْ لِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ » . متفق عليه . قال بعض أهل العلم : وزن النواة خمسة دراهم ، وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب . وقال المبرد : الصواب عند أهل العلم بالعمية أن يقال : على نواة فحسب ، فإن النواة عندهم اسم خمسة دراهم ، كما أن الأوقية أربعون درهماً والنش عشرون ، والله أعلم .

(فصل)

٥٢٣٨

ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروى صالح بن أحمد في مسألة عن أبيه ، حدثنا داود عن أبي نصر ، عن أبي سعيد مولى أبي أسيد ، قال : « تزوج خضره عبد الله بن مسعود ، وأبو ذر ، وحذيفة ، وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ، ثم قالوا له : إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ، ثم خذ برأس أهلك فقل : اللهم بارك لي في أهلي ، وبارك لأهلي في ، وارزقهم مني ، وارزقني منهم ، ثم شأنك وشأن أهلك » وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب ،

(١) أخرجه مسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة فيه خلق الله آدم » (ف) .

عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « إِذَا تَزَوَّجَ أَحَدُكُمْ امْرَأَةً أَوْ اشْتَرَى خَمَادًا فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ خَيْرَهَا وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَإِذَا اشْتَرَى بَعِيرًا فَلْيَأْخُذْ بِذِرْوَةِ سِنَانِهِ وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ »

﴿ مسألة ﴾

٥٢٣٩

قال ﴿ وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات ﴾ .

أجمع أهل العلم على هذا ، ولا نعلم أحداً خالفه إلا شيئاً يسيراً عن بن القاسم بن إبراهيم ، أنه أباح نسأماً ، لقول الله تعالى : « فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُمَا طَبَّاعُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعٍ »^(١) . والواو للجمع ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم مات عن تسع ، وهذا ليس بشيء ، لأنه خرق للاجماع ، وترك للسنة ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لغيلان بن سلمة حين أسلم ، وتحتة عشر نسوة : « أُمْسِنِكَ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وقال نوفل بن معاوية : أسلمت وتحتي خمس نسوة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . رواها الشافعي في مسنده ، وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع ، فالابتداء أولى ، فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع ، كما قال « أُولَى أَجْنَحَةٍ مِثْنِي وَثَلَاثَ وَرُبَاعٍ »^(٢) : ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ، ونو أراد ذلك لقال : تسعة ، ولم يكن للتطويل معنى ، ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية ، وأما النبي صلى الله عليه وسلم فمخصوص بذلك ، ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر^(٣) .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٤٠

قال ﴿ وليس للعبد أن يجمع إلا اثنتين ﴾

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين ، واختلفوا في إباحة الأربع ، فذهب أحد : أنه لا يباح له إلا اثنتان ، وهذا قول عمر رضي الله عنه ، وعلى ، وعبد الرحمن ابن عوف ، رضي الله عنهما . وبه قال عطاء ، والحسن ، والشمي ، وقتادة ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال القاسم بن محمد ، وسالم

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) سورة فاطر آية ١

(٣) انظر سير أعلام النبلاء للذهبي ج ١ في الحديث عن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم

(٤) روى البخاري عن أنس ج ١ ص ٧٦ كان النبي صلى الله عليه وسلم يدور على نساءه في الساعة الواحدة من الليل والنهار وهن إحدى عشرة . قال في الفتح ج ١ ص ٣٠ لم يجمع لدى النبي صلى الله عليه وسلم أكثر من تسع زوجات ولكن تحمل هذه الرواية على أنه ضم إليهن مارية وريحانة وهى من سبي قريظة . وأطلق عليهن لفظ نسائه تغليبا (ف) .

ابن عبد الله ، وطاوس ، ومجاهد ، والزهرى ، وربيعه ، ومالك ، وأبو ثور ، وداود : له نكاح أربع ، لعموم الآية ، ولأن هذه طريقه للأذى والشهوة ، فساوى العبد الحر فيه كالمالك .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم ، فكان إجماعاً ، وقد روى ليث بن أبي سليم عن الحكم بن قتيبة قال : « أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين » . ويقوى هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين ، أن عمر رضى الله عنه سأل الناس : كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : باثنتين ، وطلقة باثنتين ، فدل هذا على أن ذلك كان يحضر من الصحابة وغيرهم ، فلم ينكر ، وهذا يخص عموم الآية ، على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار ، وهو قوله : « أَوْ مَمْلُوكَاتٍ أَيْمَانُكُمْ^(١) » . ويفارق النكاح المأكول ، فإنه مبني على التفضل ، ولهذا فارق النبي صلى الله عليه وسلم فيه أمته ، ولأن فيه مأساة ، والعبد ينقص في الملك عن الحر .

مسألة

٥٢٤١

قال (وله أن يتسرى^(٢) بإذن سيده)

هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبي ثور ، وكره ذلك ابن سيرين ، وحامد بن أبي سليمان ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وللشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أولاً ؟ وقال القاضي أبو يعلى : يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسرى العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده ، واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ، ولا يجوز الوطاء إلا في نكاح أو ملك يمين ، لقول الله تعالى : « إِنْ أَزْوَاجُهُمْ أَوْ مَمْلُوكَاتٍ أَيْمَانُهُمْ فَلَهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَى وَزَا. ذَلِكَ قَوْلُ لَيْكُ هُمُ الْمَادُونُ »^(٣)

ولنا : قول ابن عمر وابن عباس ، ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً . روى الأثرم بإسناده عن ابن عمر ، أنه كان لا يرى بأساً أن يتسرى العبد ، ونحوه عن ابن عباس ، ولأن العبد يملك النكاح فملك التسرى كالحر ، وقولهم : إن العبد لا يملك المال ممنوع ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ اشْتَرَى عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ » فجعل المال له ، ولأنه أدى فملك المال كالحر ، وذلك لأنه بآدميته يتممه لأهلية الملك ، إذ كان الله تعالى خلى الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكليف ، وأداء العبادات قال الله تعالى :

(١) سورة النساء آية ٣ (٢) من الذمى ، وهو اتخاذ الأمة وإعدادها لأن تكون موطوءة بلا عزل

انظر (تعريفات الجرجاني ص ٣٩) .

(٣) سورة المؤمنون آية ٦ ، ٧

« هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَافِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ^(١) » والعبد داخل في العموم ، ومن أهل التكليف والعبادات ، فيكون أهلاً لذلك ، ولذلك ملك في النكاح . وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لاهية فيها باعتبار مآله إلى الأدمية فالعبد الذي هو آبي مكلف أولى .

إذا ثبت هذا : فلا يجوز له التسرى إلا بإذن سيده ، ولو ملكه سيده جارية لم يَبَحْ له وطؤها حتى يأذن له فيه . لأن ملكه ناقص ، وليده نزع منه متى شاء من غير فسخ عقد ، فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده ، فإن أذن له فقال : تَسَرَّ بها ، أو أذنت لك في وطئها ، أو مادل عليه أبيع له . وما ولد له من التسرى حكمه حكم ملكه ، لأن الجارية مملوكة له ، فكذلك ولدها ، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده .

(فصل)

٥٢٤٢

وله التسرى بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك ، نص عليه أحد ، لأن من جاز له التسرى جاز من غير حصر كالحر ، فإن أذن له وأطلق التسرى تسرى بواحدة ، وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة ، وبهذا قال أصحاب الرأي : وأبو ثور ، وإذا أذن له في التزويج فمقد على اثنتين في عقد جاز .

وانا : أن الإذن المطلق بقناول أقل ما يقع عليه الاسم بقبينا ، وما زاد مشكوك فيه ، فيبقى على الأصل ، كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة ، ولأن الزائد على الواحدة ^(٢) يحتمل أن يكون غير مراد ، فيبقى على أصل التحريم ، كما لو شك هل أذن له أولاً ؟ .

(فصل)

٥٢٤٣

والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده ، لأن في ذلك إتلافاً للمال الذي في يديه ، وقد قال عليه السلام : « لِّلْمُكَاتَبِ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ^(٣) » . وأما المعتق بمضيه فإذا ملك بجزئه الحر جارية فملكه تام ، وله الوطاء ، بغير إذن سيده ، لقوله سبحانه : « أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ^(٤) » ، ولأن ملكه عليها تام ، له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده ، فكذلك الوطاء ، وما فيه من الرق لا يمنعه ^(٥) من استيفاء ما يملكه ، كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه ينصفه الحر . وقال القاضي : حكمه حكم القن ،

(١) سورة البقرة آية ٢٩ (٢) في مخطوطة ١٨ على واحدة .

(٣) أخرجه أبو داود من رواية عمرو بن شعيب (ن)

(٤) سورة النساء آية ٣

(٥) في المخطوطة ٢٠ . لا يمنع .

وهو منصوص الشافعى ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده ، ولذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده .

ولنا : أنه لاحق لسيده فيها ، ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها ، فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها .
وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بحملته ، فاعتبر رضى السيد ، ليسكون راضيا بتعلق الحق بملكه ، بخلاف مسائلنا . فإن الحق له لا عليه ، فأما إن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد [من] التسرى ، لأنه كالقن في قولهم .

(فصل)

٩٢٤٤

نقل محمد بن ماهان عن أحمد : لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده ، فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى ، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانى ، ويعقوب بن بختان ، ولم أر عنه خلاف هذا ، فظاهر هذا : أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع ، لأنه يملك به البعض ، فلم يملك سيده فسغنه قياساً على النكاح .

وقال القاضى : يحتمل أنه أراد بالتسرى ههنا التزويج ، وسماه تسرياً مجازاً ، ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده ، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا ، وذلك لأنه مذكور بضماء أبيح له وطؤه ، فلم يملك رجوعه فيه كما لو زوجه .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٤٥

قال ﴿ ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقض عدتها ، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقض عدتها ، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأبيد ، وتحرم عليه أختها ، وعمتها ، وخالتها ، وبنت أخيها ، وبنت أختها ، تحريم جمع . وكذلك إن تزوج الحر أربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع . وإن تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع . فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعاً . وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند إمامنا حتى تنقض عدتها ، وروى ذلك عن على ، وابن عباس ، وزيد بن ثابت ، وبه قال سميذ بن المسيب ، ومجاهد ، والنخعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وقال القاسم بن محمد ، وعروة ، وابن أبى ليلى ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وابن المنذر : له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع . وروى ذلك عن زيد بن ثابت ، لأن الحرم الجمع

بينهما في النكاح ، بدليل قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ »^(١) أى : نكاحهن ، ثم قال : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ »^(٢) . معطوفاً عليه ، والباءُ ليست في نكاحه ، ولأنها بائن ، فأشبهت المطلقة قبل الدخول .

ولنا . قول علي وابن عباس . وروى عن عبيدة السلماني أنه قال : « مَا أُتِجِمَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى شَيْءٍ كَمَا جَمَاعِهِمْ عَلَى أَرْبَعِ قَبْلِ الظُّهْرِ ، وَالْأَثَمِ كَحِ امْرَأَةٍ فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا » . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ »^(٣) وروى عن أبي الزناد قال : « كَانَ لِلوَلِيدِ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فَطَلَّقَ وَاحِدَةَ الْبَقَّةِ ، وَتَزَوَّجَ قَبْلَ أَنْ تَحِلَّ فَمَاتَ ذَلِكَ عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ » . وليس كلهم عابه . قال سعيد بن منصور : إذا عاب عليه سعيد ابن المسيب فأى شيء بقي ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه ، أشبه ما لو كان الطلاق رجعيًا ، ولأنها معتدة في حقه ، أشبهت الرجعية ، وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

(فصل)

٥٢٤٦

ولو أسلم زوج المحوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع ، أو فسخ بعيب أو إعسار ، أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته ، حتى تنقضي عدتها ، سواء قلنا بتمجيل الفرقة أو لم نقل : وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلمها في عدة الأولى ، اختار منهما واحدة كما لو تزوجها معاً ، وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بآنت ، وثبت نكاح الثانية .

(فصل)

٥٢٤٧

إذا أعتق أم الولد أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبرأؤها ، نص عليه أحمد في أم الولد . وقال أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن : يجوز ، لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح .

ولنا : أنها معتدة منه ، فلم يجوز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ، ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها ، فيكون داخلًا في عموم من جمع ماءه في رحم أختين ، ولا يمنع من نكاح أربع سواها ، ومنعه زفر ، وهو غلط ، لأن ذلك جائز قبل إعتاقها ، فبعده أولى .

(فصل)

٥٢٤٨

ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ، ومنعه أبو حنيفة ، كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

(٢) سورة النساء آية ٢٣

(١) سورة النساء آية ٢٣

(٣) قال الحافظ في الدراية عن هذا الحديث : لم أجده . (ف)

ولنا : أنه عادم للطول ، خائف للعنّت ، فأبيح له نكاحها ، لقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً » الآية . ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة ، بل يجوز إذا تحقق الشرطان .

٥٢٤٩

(فصل)

وإن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقض عدتها ، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح . فإن زنى بأخت امرأته ، فقال أحمد : يمسك عن وطء امرأته ، حتى تحيض ثلاث حيض^(١) ، وقد ذكر عنه في المزني بها : أنها تستبرى بحيضه ، لأنه وطء من غير نكاح ، ولا أحكامه أحكام النكاح . ويحتمل ألا تحرم بذلك أختها ، ولا أربع سواها ، لأنها ليست منكوحة ، ومجرد الوطء لا يمنع ، بدليل أن الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعاً سواها .

٥٢٥٠

(فصل)

وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانتضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ، أبيع له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر ، فأما في الباطن فبني على صدقه في ذلك ، لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقبل قوله فيه ، ولا يصدق في نفقائها وسكنائها ونفي النسب ، لأنه حق لها ولولدها ، فلا يقبل قوله فيه ، وبه قال الشافعي وغيره . وقال زفر : لا يصدق في شيء ، لأنه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه ، فلا يصدق في البعض الآخر قياساً لأحدهما على الآخر ، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً .

ولنا : أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره ، و(يتضمن) حقه لا ضرر على غيره فيه ، فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر ، كما لو اشترى عبداً ثم أقر أن البائع كان أعتقه ، صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه ، وكما لو أقر أن إسرته أخته من الرضاع قبل الدخول ، صدق في بينوثها وتحريمها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

٥٢٥١

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ومن خطب امرأة فزوّج بغيرها لم ينعقد النكاح ﴾

معنى ذلك : أن يخطب الرجل امرأة بمينها فيجاب إلى ذلك ، ثم يوجب له النكاح في غيرها ، وهو ينعقد أنها التي خطبها ، فيقبل ، فلا ينعقد النكاح ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه ، فلم يصح ، كما لو ساومه بثوب ، وأوجب العقد في غيره ، بغير علم المشتري ، فلو علم الحال بعد ذلك

(١) في النخطوة ١٨ : ثلاث حيضات .

فرضى لم يصح ، قال أحمد في رجل خطب جارية فزوجه أختها ثم علم بعد : بفرق بينهما ، ويكون الصداق على وليها ، لأنه غره ، ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الأول . فإن كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد . وقوله : يجهز إليه أختها ، يعنى والله أعلم : بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها ، لأن العقد الذى عقده لم يصح في واحدة منها ، لأن الإيجاب صدر في إحداها ، والقبول في أخرى ، فلم ينعقد في هذه ولا في تلك ، فإن اتفقوا على تجديد عقد في إحداها أيتما كان جاز .

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها : لها المهر بما أصاب منها ، ولأختها المهر ، قيل يلزمه المهر ؟ قال : نعم ، ويرجع على وليها ، هذه مثل التي بها برص أو جذام ، على يقول : ليس عليه غرم ، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه ، وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق ، لأنها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ، ويرجع به على من غره . وروى عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين ، فزفت كل امرأة إلى زوج الأخرى : « لها الصداق ، ويدزل كل منها امرأته حتى تنقض عتها » وبه قال النخعي والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .

(فصل)

٥٢٥٢

من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين ، لأن كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالمشتري والمبيع ، ثم ينظر فإن كانت المرأة حاضرة فقال : زوجتك هذه صح ، فإن الإشارة تكفي في التعيين ، فإن زاد على ذلك فقال : بنتى هذه ، أو هذه فلانة ، كان تأكيذاً ، وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتى ، وليس له سواها جاز ، فإن سماها باسمها مع ذلك كان تأكيذاً . فإن كان له ابنتان أو أكثر ، فقال : زوجتك ابنتى لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما يتميز به من اسم أو صفة ، فيقول : زوجتك ابنتى الكبرى ، أو الوسطى ، أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيذاً ، وإن قال زوجتك ابنتى عائشة ، أو فاطمة ، صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال : زوجتك فاطمة لم يصح ، لأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم ، حتى يقول مع ذلك : ابنتى .

وقال بعض الشافعية : يصح إذا نواها جميعاً . وليس [هذا] بصحيح ، لأن النكاح معتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أدائها إذا ثبت به العقد ، وهذا معذر في النية ، فلذلك لو قال : زوجتك ابنتى وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه . وإن قال : زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبالغ ما يتميز به عن [غيرها من] النساء .

٥٢٥٣

(فصل)

فإن كان له ابنتان : كبرى اسمها عائشة ، وصغرى اسمها فاطمة ، فقال : زوجتك ابنتى عائشة ، وقبل الزوج ذلك ، وهما بنويان الصغرى لم يصح . ذكره أبو حفص . وقال القاضى : يصح فى التى نويها ، وهذا غير صحيح لوجهين :

أحدهما : أنها لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه ، فأشبهه ما لو قال : زوجتك عائشة فقط ، أو ما لو قال : زوجتك ابنتى ولم يسمها ، ففيا إذا سماها بغير اسمها أولى ألا يصح .

والثانى : أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ، ولم يوجد ذلك . فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها . وإن كان الولي يريد الكبرى ، والزوج يقصد الصغرى لم يصح ، كسألة الخرقى فيا إذا خطب امرأة فزوج^(١) غيرها ، لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه . ويحتمل أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول إلى الصغرى من خطبة ونحوها ، فإن العقد بلفظه متناول للكبرى ، ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كالنوياها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى ، أو نوى الولي الكبرى ، ولم يذكر الزوج أيهما ، فعلى الأول لا يصح التزويج ، لعدم النية منهما فى التى يتناولها لفظها ، وعلى الاحتمال الذى ذكرناه يصح فى المعينة باللفظ لما ذكرناه .

٥٢٥٤

(فصل)

فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل : زوجتك ابنتى وسماها بغير اسمها ، فقال القاضى : يصح . وهو قول أصحاب الشافعى ، لأن قوله : بنتى ، أكد من التسمية ، لأنها لا مشاركة فيها ، والاسم مشترك . ولو قال : زوجتك هذه ، وأشار إليها وسماها بغير اسمها ، يجب أن يصح بقاء على هذا التعليل .

٥٢٥٥

(فصل)

ولو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح ، لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور فى غير الإرث والوصية ، ولأنه لم يتحقق أن فى البطن بنتاً فأشبهه ما لو قال : زوجتك من فى هذه الدار ، وهما لا يعلمان ما فيها ولو قال : إذا ولدت امرأتى بنتاً زوجتكها لم يصح ، لأنه تعليق للنكاح على شرط ، والنكاح لا يتعلق على شرط ، ولأن هذا مجرد وعد لا يتمم به عقد .

٥٢٥٦

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإنا تزوجها وشرط لها ألا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها ، لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أَحَقُّ مَا أَوْفَيْتُمْ بِهِ مِنَ الشَّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . وإن تزوجها وشرط لها ألا يتزوج عليها ، فلها فراقه إذا تزوج عليها ﴿

(١) فى المخطوطة (٢٠) وتزوج .

وجمله ذلك : أن الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة^(١) .

أحدها

٥٢٥٧

ما يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته ، مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها ، ولا يسافر بها ، أو لا يتزوج عليها ، ولا يتسرى عليها . فهذا يلزمه الوفاء لها به . فإن لم يفعل فلها فسخ النكاح . يروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وسعد بن أبي وقاص ، ومعاوية وعمر بن العاص ، رضي الله عنهم ، وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والأوزاعي ، وإسحاق . وأبطل هذه الشروط الزهري ، وقتادة ، وهشام بن عروة ، ومالك ، والليث ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . قال أبو حنيفة والشافعي : ويفسد المهر دون العقد ، ولها مهر انثل . واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط »^(٢) . وهذا ليس في كتاب الله ، لأن الشرع لا يقتضيه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم ، إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً »^(٣) . وهذا يحرم الحلال ، وهو التزويج والتسرى والسفر . ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ، ولم يبين على التغليب والسراية ، فكان فاسداً كما لو شرطت ألا تسلم نفسها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن أحق ما وقَّيتم به من الشرط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد ، وفي رواية : « إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج » متفق عليه وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون على شروطهم » ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا ندلم لهم مخالفاً في عصرهم ، فكان إجماعاً . وروى الأثرم بإسناده ، أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر ، فقال : لها شرطها ، فقال الرجل : إذا تطلقينا . فقال عمر : « مقاطع الحقوق عند الشروط » . ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح ، فكان لازماً ، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر ، أو غير نقد البلد . وقوله عليه السلام : « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » أي : ليس في حكم الله وشرعه ، وهذا مشروع ، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته ، على أن الخلاف في مشروعيته ، وعلى من نفي ذلك الدليل ، وقولهم : إن هذا يحرم الحلال . قلنا : لا يحرم حلالاً ، ولما ثبت المرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به . وقولهم : ليس من مصلحته . قلنا : لا نسلم ذلك ، فإنه من مصلحة المرأة ، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده ، كاشتراط الرهن والضمين في البيع ، ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل ، وشرط غير نقد البلد .

(٢) أخرجه الشيخان من حديث عائشة (ف)

(١) في المخطوطة ٢٠ إلى أقسام

(٣) أخرجه الحاكم من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو عن أبيه عن جده (ف)

فإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ، ولهذا قال الذى قضى عليه عمر بلزوم الشرط : « إذا تطلقينا » فلم يلتفت عمر إلى ذلك ، وقال : « مقاطع الحقوق عند الشروط » ولأنه شرط لازم فى عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به كالرهن والضمين فى البيع .

(فصل)

٥٢٥٨

فإن شرطت عليه أن يطلق ضررتها لم يصح الشرط ، لما روى أبو هريرة قال : نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تشترط المرأة طلاق أختها ^(١) . وفى لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تسأل المرأة طلاق أختها إقنكح » ^(٢) ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، ولأنها شرطت عليه فسخ عقده وإبطال حقه ، وحق امرأتها ، فلم يصح ، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه . وقال أبو الخطاب : هو شرط لازم ، لأنه لا ينافى العقد ولها فيه فائدة ، فأشبه ما لو شرطت عليه ألا يتزوج عليها . ولم أر هذا لغيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساد ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته .

(القسم الثانى)

٥٢٥٩

ما يبطل الشرط ويصح العقد . مثل أن يشترط ألا مهر لها ، أو ألا ينفق عليها ، أو إن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه ألا يوطأها ، أو يعزل عنها ^(٣) أو يقسم لها أقل من قسم صاحبها أو أكثر ، أو لا يكون عندها فى الجمعة إلا ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً . فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها ، لأنها تنافى مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده ، فلم يصح ، كما لو أسقط الشفيع شفيعته قبل البيع . فأما العقد فى نفسه فصحيح ، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد فى العقد لا يشترط ذكره ، ولا يضر الجهل به ، فلم يبطل ، كما لو شرط فى العقد صداقاً محرماً ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض ، فجاز أن ينمقد مع الشرط الفاسد كالاعتاق . فقد نص أحمد فى رجل تزوج امرأة ، وشرط عليها أن يبيت عندها فى كل جمعة ليلة ، ثم رجعت وقالت : لا أرضى إلا ليلة وليلة ، فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها ، فإن ذلك جائز . وإن قالت : لا أرضى إلا بالمقاسمة ، كان ذلك حقاً لها ، تطالبه إن شاءت .

ونقل عنه الأثرم فى الرجل يتزوج المرأة ، ويشترط عليها أن يأتيها فى الأيام : يجوز الشرط ، فإن شاءت رجعت . وقال فى الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه فى كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

(١) أخرجه الشيخان عن أبي هريرة (ف)

(٢) فى البخارى عن أبي هريرة « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفى ما فى صحفتها فإنما رزقها على الله تعالى (ف)

(٣) يزول عنها أى لا يدع ماءه يستقر فى رحمها ، لئلا ينجب منها أبناء .

النكاح جائز ، ولما أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحد كلام في بعض هذه الشروط . يحتمل إبطال العقد . نقل عنه المروزي في النهاريات والليليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ومن كره تزويج النهاريات : حماد بن أبي سليمان ، وابن شبرمة .

وقال الثوري : الشرط باطل . وقال أصحاب الرأي : إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان بنكاح النهاريات بأساً . وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها على أن يجعل لها في الشهر أياماً معلومة ، وأعل كراهة من كره ذلك راجعة^(١) إلى إبطال الشرط ، وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح ، فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط ، كما قلنا والله أعلم .

وقال القاضي : إنما كره أحد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ، ونكاح السر منهي عنه ، فإن شرط عليه ترك الوطء احتمل أن يفسد العقد ، لأنه شرط يتناقى المقصود من النكاح ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه ألا تسلم إليه ، فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئاً على ألا يقبضه . وإن شرط عليها ألا يطأها لم يفسد ، لأن الوطء حقه عليها ، وهي لا تملكه عليه . ويحتمل أن يفسد ، لأن لها فيه حقاً ، ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى ، والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة .

القسم الثالث

٥٢٦٠

ما يبطل النكاح من أصله . مثل : أن يشترط تأقيت النكاح ، وهو نكاح المتعة ، أو أن يطلقها في وقت بعينة ، أو يعلقه على شرط ، مثل أن يقول : زوجتك إن رضيت أمها أو فلان ، أو يشترط الخيار في النكاح لها ، أو لأحدهما ، فهذه شروط باطلة في نفسها ، ويبطل بها النكاح . وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى ، وهو نكاح الشغار ، ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى .

وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط الخيار إن رضيت أمها ، أو إن جاءها بالمهر في وقت كذا ، وإلا فلا نكاح بينهما ، روايتين .

إحدهما : النكاح صحيح والشرط باطل ، وبه قال أبو ثور ، فيما إذا شرط الخيار . وحكاه عن أبي حنيفة . وزعم أنه لا خلاف فيها . قال ابن المنذر : قال أحمد واستحقاق : إذا تزوجها على أنه إن جاء بالمهر في وقت كذا وكذا ، وإلا فلا نكاح بينهما : الشرط باطل ، والعقد جائز . وهو قول عطاء ، والثوري ، وأبي حنيفة ، والأوزاعي ، وروى ذلك عن الزهري . وروى ابن منصور عن أحمد في هذا : أن العقد والشرط جائزان ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « للمسلمون على شروطهم » .

(١) في الطبوع : راجع

والرواية الأخرى^(١) : يبطل العقد من أصله في هذا كله ، لأن النكاح لا يكون إلا لازماً ، وهذا يوجب جوازه ، ولأنه إذا قال : إن رضيت أمها . أو إن جئتنى في وقت كذا ، فقد وقف النكاح على شرط ، ولا يجوز وقفه على شرط . وهذا قول الشافعى ، ونحوه عن مالك ، وأبى عبيد .

(فصل)

٥٢٦١

وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح ، لأن النكاح ينفرد عن ذكر الصداق . ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح ، فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى . ويخالف البيهقي ، فإنه إذا فسد أحد الموضين فيه ، فسد الآخر . فإذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه .

أحدها : يصح الصداق ويبطل شرط الخيار ، كما يفسد الشرط في النكاح ، ويصح النكاح .
والثاني . يصح ويثبت الخيار فيه ، لأن عقد الصداق عقد منفرد يجرى مجرى الأمان فنبت فيه الخيار كالببيعات .

والثالث : يبطل الصداق ، لأنها لم ترض به ، فلم يلزمها ، كما لو لم يوافقه على شيء .

مسألة

٥٢٦٢

قال : « ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر إليها من غير أن يخلو بها » لانعلم بين أهل العلم خلافاً في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها ، وقد روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا خطب أحدكم المرأة ، فلن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل » قال : فخطبت امرأة فسكنت أحبها لها ، حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها . رواه أبو داود . وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا . ولأن النكاح عقد يقتضى التمليك ، فكان للعاقدة النظر إلى المعتقد عليه ، كانظر إلى الأمة المستتامة .

ولا بأس بالنظر إليها بإذنها وغير إذنها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بالنظر وأطلق . وفي حديث جابر « فسكنت أحبها لها » وفي حديث عن المغيرة بن شعبه « أنه استأذن أبويها في النظر إليها فكرهاه ، فأذنت له المرأة » . رواه سعيد . ولا يجوز له الخلوة بها ، لأنها محرمة ، ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ، ولأنه لا يؤمن مع الخلوة بمواقعة المحذور ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخلون رجل بامرأة ، فإن ثالثهما الشيطان »^(٢) : ولا ينظر إليها نظرة تلذذ وشهوة ولا لريبة . قال أحمد في رواية

(١) في المخطوطة ٢٠ : الثانية .

(٢) عن عامر بن ربيعة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فإن ثالثهما الشيطان » أخرجه أحمد (ف).

صالح : ينظر إلى الوجه ، ولا يكون عن طريق لذة ، ولأن يرد النظر إليها ويتأمل محاسنها ، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك .

٥٢٦٣

(فصل)

ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها ، وذلك لأنه ليس بعورة ، وهو مجمع المحاسن ، وموضع النظر ، ولا يباح له النظر إلى مالا يظهر عادة . وحكى عن الأوزاعي : أنه ينظر إلى مواضع اللحم . وعن داود أنه ينظر إلى جميعها ، لظاهر قوله عليه السلام : « انظر إليها » .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ^(١) » وروى عن ابن عباس أنه قال : الوجه ، وبطن الكف . ولأن النظر محرم أيبح للحاجة ، فتختص بما تدعو الحاجة إليه ، وهو ما ذكرنا ، والحديث مطلق ، ومن نظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً إليه ، ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائياً له ، كما قال الله تعالى : « وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ^(٢) » « وَإِذَا رَأَاكَ الَّذِينَ كَفَرُوا ^(٣) » وأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالسكين والقميد ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان .

إحداها : لا يباح النظر إليه ، لأنه عورة ، فلم يبح النظر إليه ، كالذي لا يظهر ، فإن عبد الله روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المرأة عورة ^(٤) » . حديث حسن ، ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه ، فبقي ما عداه على التحريم .

والثانية : له النظر إلى ذلك ، قال أحمد في رواية حنبل : لا بأس أن ينظر إليها ، وإلى ما يدعوه إلى نكاحها ، من يد أو جسم ونحو ذلك . قال أبو بكر : لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة ، وقال الشافعي : ينظر إلى الوجه والسكين ، ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالباً : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أذن في النظر إليها من غير علمها ، علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة ، إذ لا يمكن لإفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور . ولأنه يظهر غالباً ، فأيبح النظر إليه كالوجه ، ولأنها امرأة أيبح له النظر إليها بأمر الشارع ، فأيبح النظر منها إلى ذلك ، كذوات الحارم ، وقد روى سعيد عن سفيان ، عن عمرو بن دينار ، عن أبي جعفر . قال : « خطب عمر بن الخطاب ابنة علي ، فذكر منها صفراً ، فقالوا له : إنما ردك ، فعاوده . فقال : نرسل بها إليك تنظر إليها ، فرضيها ، فكشف عن ساقها . فقالت : أرسل ، لولا أنك أمير المؤمنين لطممت الذي فيه عينيك .

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) سورة المائدة آية ٤ (٣) سورة الأنبياء آية ٣٦

(٤) أخرجه الترمذي عن أبي مسمود مرفوعاً : « للمرأة عورة ، فإن تزوجت استشرفها الشيطان » (ف)

٥٢٦٤

(فصل)

ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك . وليس له النظر إلى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما .

قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه ، أو امرأة ابنه ، فقال : هذا في القرآن « وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ » إلا لكذا وكذا . قلت : ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها ؟ قال : لا يجزئني . ثم قال : أنا أبكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا ، وإلى كل شيء لشهوة ، وذكر التناضى : أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل ، والمرأة مع المرأة .

ه قال أبو بكر : كراهية أحد النظر إلى ساق أمه وصدرها على التوق ، لأن ذلك يدعو إلى الشهوة ، يعني أنه يكره ولا يحرم . ومنع الحسن ، والشمسي ، والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم . فروى عن هند ابنة المهلب قالت : قلت للحسن : ينظر الرجل إلى قرط أخته وإلى عنقها ؟ قال : لا ، ولا كرامة . وقال الضحاك : لو دخلت على أمي لقلت : أيتها العجوز ، غطي شعرك . والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى : « وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُوثِنَّ » الآية^(١) . وقالت سهلة بنت سهيل : « يارسول الله ، إنا كنا نرى سالماً ولداً ، وكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويرأى فضلى ، وقد أنزل فيهم ما علمت^(٢) ، فكيف ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه . فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها » رواه أبو داود وغيره . وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فإنها قالت : « يرأى فضلى » ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها . وقال امرؤ القيس :

فجئت وقد نصت^(٣) لنوم ثيابها ولم يبق إلا^(٤) لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر ، فكان يراها كذلك إذ اعتقدته ولداً . ثم دلهم النبي صلى الله عليه وسلم على ما يستديمون به ما كانوا يعتقدونه ويفعلونه .

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة « أنها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير . قالت : فكنت أراه أبا ، وكان يدخل على وأنا أمشط رأسي ، فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول أقبلي على »

(١) سورة النور آية ٣١

(٢) أى قوله تعالى في سورة الأحزاب « ادعوم لأبائهم » الآية : وهى تبطل التنبى (ف) .

(٣) أى خلعت ثيابها

(٤) فى المعلقات: لدى الستر لإلبسة المتفضل (ف)

ولأن التحرز من هذا لا يمكن ، فأبىح كالوجه ، ومالا يظهر غالباً لا يباح لأن الحاجة لا تدعو إلى نظره ، ولا تؤمن معه الشهوة ومراقبة المحظور . فحرم النظر إليه كما تحت السرة .

(فصل)

٥٢٦٥

وذوات محارمه : كل من حرم عليه نكاحها على التأييد بنسب ، أو رضاع ، أو تحريم المصاهرة بسبب مباح ، لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة : « أن أفلح أخا^(١) أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب ، فأبت أن تأذن له . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ائذنى له ، فإنه عمك تربت يمينك » وقد ذكر الله تعالى آباء بعولتهن وأبناء بعولتهن . كما ذكر آباءهن وأبناءهن في إبداء الزينة لهم .

وتوقف أحمد عن النظر إلى شعر أم امرأته وبناتها ، لأنهما غير مذكورتين في الآية قال القاضي : إنما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذه ، وقد صرح في رواية اللروذي : أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحاسنها ، ليست مثل التي يزنى بها ، لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ، ولا إلى شيء من جسدها ، وهي حرام عليه .

(فصل)

٥٢٦٦

فأما أم المزنى بها وابنتها ، فلا يحل له النظر إليهن ، وإن حرم نكاحهن ، لأن تحريمهن بسبب محرم ، فلم يند إباحة النظر كالحرمة باللعان ، وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه ، وكذلك الكافر ليس بمحرم لقرايته المسلمة ، قال أحمد في يهودى أو نصرانى أسلمت ابنته : لا يسافر بها ، ليس هو محرماً لها ، والظاهر أنه أراد : ليس محرماً لها في السفر ، أما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه ، لأن أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك ، فدخل على ابنته أم حبيبة ، فطوت فراش رسول الله صلى الله عليه وسلم لئلا يجلس عليه ، ولم تحتجب منه ، ولا أمرها بذلك النبي صلى الله عليه وسلم .

(فصل)

٥٢٦٧

وعبد المرأة له النظر إلى وجهها وكفيها لقول الله تعالى : « أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ »^(٢) وروى أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا كان لإحدا كنْ مُسْكَاتَبٌ فذلك ما يؤدى ، فلتحتجب منه » وقال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي قلابة قال : « وكان أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار » ورواه سعيد فى سننه . وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ، أتى فاطمة بمبجل قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوبٌ إذا قَتَمَتْ به رأسها لم يبلغْ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغْ رأسها ، فلما

(١) أرضعت زوجة أبي القعيس عائشة وأفلح ، أخ لأبي القعيس ، فهو إذن عمها رضاعاً . والحديث رواه الجماعة

(٢) سورة النور آية ٣١

بألفاظ متقاربة (ف)

رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى قال: «إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود.
وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته، وهو قول سعيد بن السيب، وطاوس، ومجاهد،
والحسن، وأباح له ذلك ابن العباس، لما ذكرنا من الآيتين والمحدثين، ولأن الله تعالى قال: «لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ
الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ - إِلَى قَوْلِهِ - أَيْسَ عَلَيْهِمْ
وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ»^(١) ولأنه يشق التحرز منه، فأبيح له ذلك كذوى المحارم.

وقال أصحاب الشافعى: هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب في أحد الوجهين، لما ذكرنا من الدليل،
ولأنه محرم عايتها، فكان محرماً كالأقارب.

ولنا: ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «سفر المرأة مع عبدها ضيعة» رواه
سعيد، ولأنها لا تحرم عايتها على التأييد، ولا يحل له استئمة عايتها، فلم يكن محرماً كزوج أختها، ولأنه غير
مأمون عليها إذ ليست بينهما نفرة الحرمية، والمالك لا يقتضى النفرة الطبيعية، بدليل السيد مع أمته، وإنما
أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما، وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي لما
ذكرناه، والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

(فصل)

٥٢٦٨

فأما الغلام فما دام طفلاً غير مميز لا يجب الاستتار منه في شؤره. وإن عقل فقيه روايتان.
إحداها: حكمه حكم ذى المحرم في النظر.

الثانية: له النظر إلى ما فوق الشرة وتحت الركبة، لأن الله تعالى قال: «لَيْسَتْ أَذْنُكُمْ
الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ» - إلى قوله - كَيْسَ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ
بَعْدَ هُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْهِمْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ - إلى قوله - وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ
فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ»^(٢). فدل على التفريق بين البالغ وغيره، وقال أبو عبد الله:
أبو طيبة حجج نساء النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام. ووجه الرواية الأولى: قوله: «وَالطُّفُلُ
الَّذِينَ لَمْ يَطْمَهِرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ»^(٣) وقيل لأبي عبد الله: متى تغطى المرأة رأسها من الغلام؟ قال:
إذا بلغ عشر سنين.

(فصل)

٥٢٦٩

ومباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولسه ختى الفرج، لما روى بهزبن حكيم
عن أبيه، عن جده، قال: «قلت: يا رسول الله عوراتنا ما نأبى منها وما نذر؟ فقال لى: احفظ عورتك

(٣) سورة النور آية ٣١

(٢) سورة النور آية ٥٨، ٥٩

(١) سورة النور آية ٥٨

إلا من زوجته ، أو ما ملكت يمينك » . رواه الترمذى وقال : حديث حسن . ولأن الفرج محل له الاستمتاع به ، فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن ، ويكره النظر إلى الفرج ، فإن عائشة رضى الله عنها قالت : « ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط » . رواه ابن ماجه ، وفى لفظ قالت : « ما رأيته من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا رأيته منى » . وقال أحمد فى رواية جعفر بن محمد فى المرأة تقعد بين يدي زوجها ، وفى بيتها ، مكشوفة فى ثياب رفاق : لا بأس به ، قلت : تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس ، وليس فى الدار إلا هى وزوجها ؟ فرخص فى ذلك .

(فصل)

٥٢٧٠

ويباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته حتى فرجها ، لما ذكرنا فى الزوجين ، وسواء فى ذلك سرية وغيره ، لأنه يباح له الاستمتاع من جميع بدنها ، فأبيح له النظر إليه ، فإن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة ، لأن عمرو بن شبيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا زوّج أحدكم خادمه عبده أو أجيده فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عورة^(١) » . رواه أبو داود ، ومفهمه : إباحة النظر إلى ما عداه ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ، ولا اختلاف ، فإنها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحمل امرأة لرجلين ، فإن وطئها لزمه الإثم والتميز ، وإن ولدت فقال أحمد : لا يلحقه الولد لأنها فراش لغيره ، فلا يلحقه ولدها كالأجنبية .

(فصل)

٥٢٧١

فيمن يباح له النظر من الأجانب

ويباح للطبيب النظر إلى ما تدعو إليه الحاجة من بدنها ، من العورة وغيرها ، فإنه موضع حاجة ، وقد روى أن النبی صلى الله عليه وسلم لما حُكِّمَ سعداً فى بنى قريظة ، كان يكشف عن مؤترحم ، وعن عثمان أنه أنى بغلام قد مرق فقال : انظروا إلى مؤترحه ، فلم يجدوه أنبت الشعر ، فلم يقطعه .

وللشاهد النظر إلى وجه المشهود عليها لتسكون الشهادة واقعة على عينها ، قال أحمد : لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها ، وإن عامل امرأة فى بيع أو إجارة فله النظر إلى وجهها ، ليعلمها بعينها ، فيرجع عليها بالدرك . وقد روى عن أحمد : كراهة ذلك فى حق الشابة دون المجوز ، وأعله كرهه لمن يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة ، فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس .

(١) لفظ «فإنه عورة» زائد على ما فى مسند أبى داود ج ٢ ص ٢٨٤ (ف)

(فصل)

٥٢٧٢

فأما نظر الرجل إلى الأجنبية من غير سبب فإنه محرم إلى جميعها في ظاهر كلام أحد . قال أحد : لا يأكل مع مطلقته ، هو أجنبي لا يحل له أن ينظر إليها ، كيف يأكل معها ، ينظر إلى كفها ؟ لا يحل له ذلك ، وقال القاضي : يحرم عاينه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين ، لأنه عورة ، وبإباحة النظر إليها مع الكراهة إذا أمن الفتنة ، ونظر لغير شهوة . وهذا مذهب الشافعي ، لقول الله تعالى : (وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا) قال ابن عباس : « الوجه والكفين » ودرت عائشة أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رقاق ، فأعرض عنها ، وقال : « يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا — وأشار إلى وجهه وكفيه » رواه أبو بكر^(١) وغيره ، ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر إليه بغير ريبة كوجه الرجل .

ولنا : قول الله تعالى : « وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ »^(٢) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا كان لإحداهن مكاتب فلك ما يؤدّي فلتحتجب منه »^(٣) . وعن أم سلمة قالت : « كذبت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احتجبين منه » رواه أبو داود « وكان الفضل بن عباس رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءته الخنعمية تستفتيه ، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه ، فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها »^(٤) وعن جرير بن عبد الله قال : « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة ؟ فأمرني أن أصرف بهري » حديث صحيح^(٥) وعن علي رضي الله عنه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تتبع النظرة النظرة ، فإنما لك الأولى ولاست لك الآخرة » رواها أبو داود . وفي إباحة النظر إلى المرأة إذا أراد تزويجها دلائل على التحريم عند عدم ذلك ، إذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص لهذه ؟ وأما حديث أسماء — إن صح — فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فنحمله عليه .

(فصل)

٥٢٧٣

والمعجوز التي لا يشتهي مثلها لا بأس بالنظر منها إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى : « وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا » الآية^(٦) . قال ابن عباس في قوله تعالى : « قُلِ الْمُؤْمِنِينَ يَفْعَلُوا مِنَ

(١) رواه أبو داود وقال : هذا مرسل (ف)

(٢) سورة الأحزاب آية ٥٣

(٣) أخرجه الحمزة إلا النسائي عن أم سلمة (ف)

(٤) أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي (ف) (٥) سورة النساء آية ٦

أَبْصَارِهِمْ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» ^(١) الآية . قال : قد نسخ واستثنى من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا الآية . وفي معنى ذلك الشوهاة التي لا تشبهى .

(فصل)

٥٢٧٤

والأمة يباح النظر منها إلى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين، لأن عمر رضى الله عنه رأى امرأة متلزمة فضربها بالدرّة وقال: «بالكاع تشبهين بالحرائر» وأخرج أبو حفص بإسناده: أن عمر كان لا يدع أمة تقمّع في خلافته، وقال: «إنما القناع للحرائر» ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية، قال الناس: لا ندرى أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد؟ فقالوا: إن حجبها فهي أم المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي أم ولد، فلما ركب وطأ لها خلفه، ومد الحجاب بينه وبين الناس». متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الإماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً، وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعى: يباح النظر منها إلى ما ليس بعورة، وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى أصحابنا بين الحرة والأمة لقوله تعالى: «ولا يبدن زينتهن» الآية، ولأن العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة، والفتنة الخوفة تستوى فيها الحرة والأمة، فإن الحرية حكم لا يؤثر في الأمر الطبيعي، وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما، وإن لم يفرقا فيما ذكروه افرقا في الحرمة وفي مشقة الستر، لكن إن كانت الأمة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر إليها كما يحرم النظر إلى الغلام الذي تخشى الفتنة بالنظر إليه. قال أحمد في الأمة إذا كانت جميلة: تنقب. ولا ينظر إلى المملوكة، كم من نظرة ألفت في قلب صاحبها البلايل .

(فصل)

٥٢٧٥

فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر إليها، قال أحمد في رواية الأثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها: فإن كان يحد شهوة فلا، وإن كان لغير شهوة فلا بأس، وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدينى أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له، فأخذها عمر بيده وقال: ابنة أبى عبد الله، فتحركت الأجراس من رجلها، فأخذها عمر فقطعها وقال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مع كل جرس شيطان». فأما إذا بلغت حداً تصلح معه للنكاح كابنة نسع، فإن عورتها مخالفة امورة البالغة، بدليل قوله عليه السلام: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار». فدل على صحة الصلاة بمن لم تحض مكشوفة الرأس، فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم، كقولنا في الغلام المراهق مع النساء. وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال: قالت عائشة: «دخلت على ابنة أخى

مُزَيَّنَةً ، فدخل على النبي صلى الله عليه وسلم ، فأعرض ، فقلت : يا رسول الله إنها ابنة أخى ، وجارية ، فقال : « إذا عركت المرأة لم يجوز لها أن تظهر إلا وجهها ، وإلا مادون هذا » وقبض على ذراع نفسه ، فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها . وذكر حديث أسماء : « إذا بلغت الحيض لم يصاح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه . واحتج أحمد بهذا الحديث . وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها .

(فصل)

٥٢٧٦

ومن ذهب شهوته من الرجال لكبر أو عفة أو مرض لا يرجى برؤه ، والخصى ^(١) والشيخ والخنث الذى لا شهوة له ، فحكمه حكم ذوى المحرم ^(٢) فى النظر لقول الله تعالى : « أو المتأبدین غیر أولى الإربة » ^(٣) أى غير أولى الحاجة إلى النساء ، وقال ابن عباس : هو الذى لا تستحي منه النساء ، وعنه : هو الخنث الذى لا يقوم زبه . ومن مجاهد وقتادة : الذى لا أرب له فى النساء . فإن كان الخنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء ، فحكمه حكم غيره ، لأن عائشة قالت : « دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لمَحْضٌ » ^(٤) فكانوا يعدونه من غير أولى الإربة (من الرجال) ^(٥) فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو ينعت امرأة بأنها إذا أقبلت أقبلت بأربع ، وإذا أدبرت أدبرت بثمان . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : ألا أرى هذا يعلم ما ههنا ؟ لا يدخلن عليكن هذا فحبوه » ^(٦) رواه أبو داود وغيره ، قال ابن عبد البر : ليس الخنث الذى تعرف فيه الفاحشة خاصة ، وإنما التخنث بشدة ^(٧) التأنيث فى الخلقة ، حتى يشبه المرأة فى اللين والكلام ، والنظر والنعمة والعقل ، فإذا كان كذلك لم يكن له فى النساء أرب ، وكان لا يفتن لأموال النساء ، وهو ^(٨) من غير أولى الإربة الذين أبيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذلك الخنث من الدخول على نسائه ، فلما سمعه يصف ابنة غيلان ، وفهم أمر النساء أمر يحجبه ؟

(١) فى المخطوطة ١٨ أو الخصى . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ذى المحرم

(٣) سورة النساء آية ٣١

(٤) رواه البخارى ٧ ص ٦٧ منبرية . من رواية أم سلمة ، وكان الخنث يدخل عليها قالت : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان عندها وفى البيت خنث ، فقال الخنث لأخى أم سلمة : إن فتح الله لكم الطائف غدا أدلك على ابنة غيلان ، فإنها تقبل بأربع ، وتدبر بثمان : فقال النبي صلى الله عليه وسلم . لا يدخلن هذا عليكم . وبنت غيلان هى نادية أو بادية كما فى المرجع الآتى رقم ٦ (٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(٦) اسمه هيت بكسر فسكون ، وذكر ابن إسحاق أن اسمه ماتع ، أو مانع بالنون ، وقال للدينى : إن مانعا لقب هيت وقيل غير ذلك انظر (إرشاد السارى ج ٨ ص ١١١) (٧) فى المخطوطة ١٨ : شد التأنيث (٨) فى المخطوطة ١٨ : فهو

٥٢٧٧

(فصل)

فأما الرجل مع الرجل فكل واحد منهما النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة. وفي حدها روايتان :

إحداهما : ما بين السرة والركبة . والأخرى : الفرجان . وقد ذكرناها في كتاب الصلاة

[وعنه لا يباح ، لأنه ذكر بالغ أجنبي ، فلم يباح له ذلك ، كالذي له أرب ، ذكر هذا في شرح المنع] ولا فرق بين الأمرد وذى اللحية ، إلا أن الأمرد إن كان جميلاً يخاف الفتنة بالنظر إليه لم يحز تعدد النظر إليه . وقد روى عن الشعبي قال : « قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم ، وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة ، فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره » . رواه أبو حفص قال المروزي : سمعت أبا بكر الأعمش يقول : قدم علينا إنسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ، ومعه غلام ابن أخت له ، وكان جميلاً ، ففضى إلى أبي عبد الله فحدثه ، فلما قفنا خلا بالرجل وقال له : من هذا الغلام منك ؟ قال : ابن أختي ، قال : إذا جئتنى لا يكون معك ، والذي أرى لك : ألا يمشى معك في طريق . فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعاً فلا عورة له يحرم النظر إليها ، وقد روى عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : « كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه ، فوقع مقدم قميصه أراه قال : فقبل زبيبتة » رواه أبو حفص .

٥٢٧٨

(فصل)

وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمتين وبين المسلمة والذمية ، كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر ، قال أحمد : ذهب بعض الناس إلى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب إلى أنها لا تنظر إلى الفرج ولا تقبلها^(١) حين تلد .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ، ولا تدخل معها الحمام ، وهو قول مكحول ، وسليمان بن موسى ، لقوله تعالى : « أَوْ نِسَائِهِنَّ » والأول أولى ، لأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم يكن يحجبهن^(٢) ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة [رضى الله عنها] جاءت يهودية تسألها ، فقالت : أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم - وذكر الحديث « وقالت أسماء : « قدمت على أمي وهي راغبة - يعني عن الإسلام - فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم [أن] أصلها ، قال : نعم » . ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية ، فوجب ألا يثبت الحجب بينهما كالمسلم

(١) أى : لا تكون قابلة لها ولا تقوم بشئون ولادتها

(٢) فى المخطوطة : فلم يكن يحجبن

مع الذمى ، ولأن الحجاب إنما يجب بدمس أو قياس ، ولم يوجد واحد منهما فأما قوله : « أَوْ نِسَاءَهُنَّ »^(١) فيحتمل أن يكون المراد : جملة النساء .

(فصل)

٥٢٧٩

فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان .

إحداها : لها النظر إلى ما ليس بعورة .

والأخرى : لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها . اختاره أبو بكر ، وهذا أحد قولى الشافعى ، لما روى الشافعى عن نيهان ، عن أم سلمة ، قالت : « كنت قاعدة عند النبى صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة ، فاستأذن ابن أم مكتوم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : احتجبن منه . فقلت يا رسول الله إنه ضرير لا يبصر . قال : أفعميان أنما لا تبصرانه ؟ » . رواه أبو داود وغيره ، ولأن الله تعالى أمر النساء بنفض أبصارهن ، كما أمر الرجال به ، ولأن النساء أحد نوعى الآدميين ، فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال ، بحقه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة ، وهذا فى المرأة أبلغ ، فإنها أشد شهوة وأقل عقلاً ، فتسارع الفتنة إليها أكثر .

ولذا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « اعتدى فى بيت ابن أم مكتوم ، فإنه رجل أعمى تضمين ثيابك فلا يراك »^(٢) متفق عليه ، وقالت عائشة : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يترنى بردائه وأنا أنظر إلى الحبشة يلمعون فى المسجد » ، متفق عليه^(٣) ، ويوم فرغ النبى صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد « مضى إلى النساء » فذكرهن . ومعه بلال ، فأمرهن بالصدقة^(٤) ، ولأنهن لو مُنمنمن النظر لوجب على الرجال الحجاب ، كما وجب على النساء ، لئلا ينظرن إليهم ، فأما حديث نيهان فقال أحمد : نيهان روى حديثين عجيبين ، يعنى هذا الحديث ، وحديث : « إذا كان لإحداكن مكاتب فلتحتجب منه » ، وكأنه أشار إلى ضعف حديثه ، إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول ، وقال ابن عبد البر : نيهان مجهول ، لا يعرف إلا برواية الزهرى عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح ، فالحجة به لازمة ، ثم يحتمل أن حديث نيهان خاص لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، كذلك قال أحمد وأبو داود ، قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله : كأن حديث نيهان لأزواج النبى صلى الله عليه وسلم خاصة ، وحديث

(١) سورة النور آية ٣١ (٢) القصة برواية أخرى فى سنن النسائى ج ٣ ص ٧٠ ط الميمنية ١٣١٢ هـ

(٣) وتسكلمة الحديث « حتى أكون الذى أسأم ، فأقدروا قدر الجارية الحديثة السن ، الحريصة على اللهو » . انظر (البخارى ج ٧ ص ٦٧ المنبرية) .

(٤) هذه رواية بالميمى . وفى آخرها « فرأيتن يهوين إلى آذانهن وحلوقهن يدفنن إلى بلال ، ثم ارتفع هو وبلال إلى بيته . انظر (البخارى ج ٧ ص ٧٢ منبرية) .

فاطمة لسائر الناس؟ قال : نعم . وإن قدر التعارض ، فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد في إسناده مقال .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٨٠

قال ﴿ وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ، ويبعث بها إليه بالليل ، فالعقد والشرط جائزان ، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده ﴾

أما الشرط فصحيح ، لأنه لا يخل بمقصود النكاح ، فإن الاستمتاع إنما يكون ليلاً ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد ، فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل ، لأنها سلمت إليه فيه ، وليس عليه نفقة النهار ، لأنها في مقابلة الاستمتاع ، وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال ، وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد ، لأنها في خدمته حينئذ ، ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد ، فتكون نفقتها بينهما نصفين ، وكذلك الكسوة ، وقال بعض أصحاب الشافعي : ليس على الزوج شيء من النفقة ، لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ، ولم يوجد ، فلم يجب منها شيء ، كالحررة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض .

ولنا : أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة ، فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الإجارة ، وفارقت الحررة ، لأن التسليم عليها واجب في جميع الزمان ، فإذا امتنعت في البعض فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه ، وههنا فد سلم السيد جميع ما وجب عليه .

(فصل)

٥٢٨١

فإن زوجها من غير شرط فقال القاضي : الحكم فيه كما لو شرط ، وله استخدامها نهاراً ، وعليه إرسالها ليلاً للاستمتاع بها ، لأنه زمانه ، وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين . منفعة الاستخدام ، والاستمتاع فإذا عقد على إحداها لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها ، كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار ، والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما .

فإن تبرع^(١) السيد بإرسالها ليلاً ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج ، وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلاً ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ، ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج ، لأن الزوجية تقتضي وجوب النفقة^(٢) ما لم يمنع من استمتاعها عدواناً ، أو بشرط ، أو نحوه ، ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها^(٣) بمرض أو حيض أو نحوه فإذا لم يكن من السيد ههنا منع وجبت

(١) في المطبوعة وإن تبرع (٢) في المطبوعات : تقتضي وحبها . وما أثبتناه أوضح .

(٣) في المخطوطة : الاستمتاع بها

الفقة على الزوج^(١) ، لوجود الزوجية المقتضية لها ، وعدم المانع منها .

(فصل)

٥٢٨٢

فإن أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك ، لأنه يفوت خدمتها للمستحقة لسيدها ، وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحد عن ذلك ، وقال : ما أدري ، فيحتمل المنع منه ، لأنه يفوت حق الزوج منها ، فمنع منه قياساً على ما لو منعه منه مع الإقامة ، ولأنه مالك لإحدى منفعتيها فملك^(٢) منع الآخر من السفر بها كالسيد ، وكما لو أجزأها ثم أراد السفر بها . ويحتمل : أن له السفر بها ، لأنه مالك رقبته كسيد العبد إذا زوجه ، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلاً ونهاراً جاز ، وعليه نفقتها كلها ، وليس للسيد السفر بها ، لأنه لا حق له في بعضها^(٣) .

(فصل)

٥٢٨٣

ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « تَسْكُحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَلِجَاهِهَا وَلِلَّيْنِهَا ، فَاطْفَرُ ، بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ بِدَاكِ » متفق عليه ، ويختار البكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَتَزَوَّجُ يَا جَابِرُ ؟ » قال : قلت ، نعم . قال : بكراً أم ثيباً . قال : قلت : بل ثيباً . قال : فبكرًا تلاحبها وتلاعبك^(٤) ؟ « متفق عليه . وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عليكم بالأبكار ، فانهن أغذبن أفواها وأنتن أرحاما^(٥) » . رواه الإمام أحمد . وفي رواية « وأنتن^(٦) أرحاما ، وأرضى باليسير » . ويستحب أن تكون من نساء يُعْرَفُنَّ بكثرة الولادة لما روى عن أنس قال : « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالبادة ، وينهى عن التبتل نهيًا شديدًا ، ويقول : تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم الأمم يوم القيامة » . رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : « تزوجوا الودود الولود فإنى مكاثر بكم » رواه النسائي .

وعن علي بن الحسين : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « يَا بَنِي هَاشِمٍ عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْمَسَاوِ أَوْلَادُهُنَّ ، فَإِنْ فِي أَرْحَامِهِنَّ الْبَرَكَةُ » . ويختار الجميلة لأنها أسكن لنفسه ، وأغض لبصره ، وأكل لمودته

(١) في المطبوعات : فالفقة على الزوج . وما أثبتناه أوضح . (٢) في المطبوعة : فلم يملك .

(٣) في المخطوطة ١٨ : في نفعها . (٤) في رواية البخاري : « فهلاجارية تلاحبها وتلاعبك » ج ٧ ص ٨

النيرية ، ورواية ابن قدامة انظرها كذلك في من النسائي ج ٢ ص ٧٠ الميمنية .

(٥) في المخطوطة ١٨ : وأنتن أرحاما (٦) أنتن أرحاما أى أكثر أولادا

ولذلك شرع النظر قبل النكاح . وقد روى عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إنما النساء لعب ، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » .

وعن أبي هريرة قال : قيل : يا رسول الله أى النساء خير ؟ قال : « التى تسره إذا نظر ، وتطعمه إذا أمر ، ولا تخالفه فى نفسها ولا فى ماله بما يكره »^(١) رواه النسائي . وعن يحيى بن جمدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « خير فائدة أفادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة ، تسره إذا نظر إليها ، وتطعمه إذا أمرها ، وتحفظه فى غيبته فى ماله ونفسها » . رواه سعيد .

ويختار ذات العقل ، ويجنب الحقاء ، لأن النكاح يراد للعشرة ، ولا تصالح العشرة مع الحقاء ، ولا يطيب العيش معها ، وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجتنبوا الحقاء ، فإن ولدها ضياع ، وصحبته بلاء ، ويختار الحسبية ، ليكون ولدها نجيباً ، فإنه ربما أشبه أهلها ، ونزع إليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تخيروا لنطفكم ، وأنكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم »^(٢) .

ويختار الأجنبية ، فإن ولدها أنجب ، ولهذا يقال : اغتربوا لا تضرؤوا^(٣) ، بمعنى أنكحوا الفرائب كيلا تضيع أولادكم . وقال بعضهم : الفرائب أنجب ، وبنات العم أصبر . ولأنه لا يؤمن العداوة فى النكاح وإفشاءه إلى الطلاق ، فإذا كان فى قرابته أفضى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها . والله أعلم .

(باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك)

التحريم للنكاح ضربان : تحريم عين ، وتحريم جمع ، وينتفع أيضاً نوعين : تحريم نسب ، وتحريم سبب . والأصل فى ذلك الكتاب والسنة والإجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ »^(٤) والآية التى قبلها والتى بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها »^(٥) ولا بينها وبين خالتها « متفق عليه . وعن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الرضاة تحرّم ما تحرّم الولادة »^(٦) أخرجه مسلم ، وأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه .

(١) انظر (سنن النسائي مع شرحه زهر الربا) ٢ ص ٧٢ الميمنية ١٣١٢

(٢) أخرجه ابن ماجه والحاكم والبيهقى عن عائشة (ف) (٣) بضم المثناة وسكون الضاد الميمية وضم الواو ، من الضاوى وهو النحيف العليل . يقال : أضوت المرأة إذا أتت بولد ضاو ، كما يقال : أذكرت وأنثت (على هامش المخطوطة ١٨) (٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) وفى روايات الحديث « ولا المرأة وخالتها » انظر سنن النسائي ٢ ص ٨٢ الميمنية وفى رواياته « أو خالتها » (٦) الحديث من قصة طويلة من حديث عائشة . انظر (صحيح مسلم بشرح النووي الطبعة الأولى عام ١٩٢٩ م ١٠ ص ١٨ .

٥٢٨٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿والحرمت نكاحهن بالأنساب: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعلات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والحرمت بالأسباب: الأمهات المرضعات، والأخوات من الرضاعة، وأمهات النساء، وبنات النساء اللاتي دخل بهن، وحلائل الأبناء، وزوجات الأب، والجمع بين الأختين﴾

وجملة ذلك: أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة: سبع بالنسب، واثنان بالرضاع، وأربع بالمصاهرة، وواحدة بالجمع.

فأما اللواتي بالنسب فأولاهن: الأمهات، وهن: كل من انتسبت إليها بولادة، سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة، وهي التي ولدتك، أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن علت، من ذلك: جدتك، أم أمك، وأم أبيك، وجدتنا أمك، وجدتنا أبيك، وجدات جدتك، وجدات أجدادك وإن علوا، وارثات كن أو غير وارثات، كلهن أمهات محرمات.

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال: «تلك أمكم يا بني ماء السماء» وفي الدعاء «اللهم صل على آيينا آدم وأمه حواء».

والبنات، وهن: كل أنثى انتسبت إليك بولادتك، كابنة الصلب، وبنات البنين والبنات، وإن نزلت درجتهم، وارثات أو غير وارثات، كلهن بنات محرمات، لقوله تعالى: «وَبَنَاتُكُمْ»^(١) فإن كل امرأة بنت آدم، كما أن كل رجل ابن آدم، قال الله تعالى: «يَا بَنِي آدَمَ»^(٢).

والأخوات من الجهات الثلاث، من الأبوين أو من الأب، أو من الأم، لقوله تعالى: «وَأَخَوَاتُكُمْ» ولا تفريع عليهن، والعلات أخوات الأب من الجهات الثلاث، وأخوات الأجداد من قبل الأب، ومن قبل الأم، قريباً كان الجد أو بعيداً، وارثاً أو غير وارث، لقوله تعالى: «وَعَمَّاتُكُمْ» والخالات أخوات الأم من الجهات الثلاث، وأخوات الجدات وإن علون، وقد ذكرنا أن كل جدة أم، فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة، لقوله: «وَخَالَاتُكُمْ».

وبنات الأخ: كل امرأة انتسبت إلى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة، من أي جهة كان الأخ لقوله تعالى: «وَبَنَاتُ الْأَخِ» وبنات الأخت كذلك أيضاً محرمات، لقوله سبحانه «وَبَنَاتُ الْأَخْتِ» فهؤلاء المحرمات بالأنساب.

النوع الثاني: المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان: رضاع، ومصاهرة.

فأما الرضاع فالمنصوص على التحريم فيه اثنتان: الأمهات المرضعات، وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن

(١) سورة النساء آية ٢١ . (٢) سورة الأعراف آية ١٦، ١٧، ٣١ .

وجداًتهن وإن علت درجتهن على حسب ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى : « وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ » كل امرأة أرضعتك أمها ، أو أرضعتها أمك ، أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة ، أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد ، كرجل له امرأتان لها منه لبن ، أرضعتك إحداها ، وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه « وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ » .

القسم الثاني . تحريم المصاهرة والمندوص عليه أربع : أمهات النساء ، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع ، قريبه أو بعيدة ، بمجرد العقد ، نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ابن مسعود ، وابن عمر ، وجابر ، وعمران بن حصين ، وكثير من التابعين ، وبه يقول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها ، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول .

ولنا قول الله تعالى : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ » والمعقود عليها من نسائه ، فتدخل أمها في عموم الآية قال ابن عباس : أبهموا ما أبهم القرآن ، يعني عموماً حكمها في كل حال ، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها . ويروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربييته ، ولا يحل له أن يتزوج أمها » . رواه أبو حفص بإسناده . وقال زيد : تحرم بالدخول أو بالموت ، لأنه يقوم مقام الدخول ، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً ، سواء وجد الدخول أو الموت أولاً ، ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم ، حرمت بنفس المقدس كحليلة الابن والأب .

الثانية : بنات النساء اللاتي دخل بهن ، وهن الرابث ، فلا يحرم إلا بالدخول بأمهاتهن ، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع ، قريبة أو بعيدة ، وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات ، إذا دخل بالأم حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن ، في قول عامة الفقهاء ، إلا أنه روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود ؛ لقول الله تعالى : « وَرَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ » قال ابن المنذر : وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول .

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لأم حبيبة : « لا تعرضن على بناتكن ولا أخواتكن » . ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر الحرمات فأما الآية فلم تخرج تخرج الشرط . وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها . وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه .

• وإن لم يدخل بامرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الأمصار إذا بانّت من نكاحه ، إلا أن تموت قبل الدخول ففيه روايتان :

• إحداهما : تحرم ابنتها ، وبه قال زيد بن ثابت ، وهي اختيار أبي بكر . لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل المدة والصدّاق ، فيقوم مقامه في تحرّم الرّبيبة .

والثانية : لا تحرم وهو قول علي ، ومذهب جماعة العلماء قال ابن المنذر ؛ وأجمع عوام علماء الأمصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جازله أن يتزوج ابنتها ، كذلك قال مالك والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، ومن تبعهم . لأن الله تعالى قال : « مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » ^(١) ، وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف . وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الرّبيبة كفرقة الطلاق ، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقران ، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ، ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ، ونص رسوله لقياس ولا غيره .

إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها ، كنى عنه بالدخول ، فإن خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها ، لأنها غير مدخول بها ، وظاهر قول الخرقى تحريمها لقوله ؛ فإن خلاها ، وقال : لم يطأها ، وصدقة لم يلتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، وفي الزنا ، لأنهما يجلدان ولا يزجمان ، وسنذكره فيما بعد إن شاء الله .

الثالثة : حلائل الأبناء ، يعني أزواجهم ، سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها ، وهي محللة له ، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه ، وأبناء بناته من نسب أو رضاع ، قريباً كان أو بعيداً ، بمجرد العقد ، لقوله تعالى : « وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم » ^(٢) ولا نعلم في هذا خلافاً .

الرابعة : زوجات الأب فتحرم على الرجل امرأة أبيه ، قريباً كان أو بعيداً ، وارثاً كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ » ^(٣) وقال البراء ابن عازب : « لقيت خالي ومعه الراية فقلت : أين تريد ؟ قال : أرسلني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله » . رواه النسائي . وفي رواية قال « لقيت عبي الحارث بن عمرو ومعه الراية » . فذكر الخبر كذلك . رواه سعيد وغيره . وسواء في هذا امرأة أبيه أم امرأة جده لأبيه ، وجده لأمه ، قرب أو بعد ، وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علماً والحمد لله ، ويحرم

عليه من وطنها أبوه أو ابنة بملك يمين أو شبهة، كما يحرم عليه من وطنها في عقد نكاح. قال. ابن المنذر: الملك هنا الرضاع بمنزلة النسب، ومن حفظنا ذلك عنه عطاء، وطاوس، والحسن، وابن سيون، ومكحول وقتادة، والنورى، والأوزاعى، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأى، ولا نحفظ عن أحد خلافهم.

الضرب الثانى: تحريم الجمع. والمذكور فى الكتاب الجمع بين الأخنتين، سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين، أو حرة وأمة، من أبوين كانتا أو من أب أو أم، وسواء فى هذا ما قبل الدخول أو بعده، لعموم الآية. فإن تزوجهما فى عقد واحد فسد، لأنه لا مزية لإحداها على الآخرة، وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداها بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح، لأنه لم يحصل فيه جمع، ونكاح الثانية باطل، لأن به يحصل الجمع، وليس فى هذا بحمد الله اختلاف، وليس عليه تبرع.

مسألة

٥٢٨٥

قال: ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثلها من الرضاع، وهن: الأمهات، والبنيات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنيات الأخ، وبنيات الأخت على الوجه الذى شرحناه فى النسب، لقول النبى صلى الله عليه وسلم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١). متفق عليه وفى رواية مسلم: «الرضاع يحرم ما يحرم الولادة» وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى ذرة بنت أبى سلمة: «إنها لو لم تكن ربيبتى فى حجرى ما حلت لى، إنها ابنة أختى من الرضاة، أرضعتنى وأياها ثوبية» متفق عليه. لأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن، والباقيات يدخلن فى عموم لفظ سائر المحرمات، ولا نعلم فى هذا خلافا.

مسألة

٥٢٨٦

قال: ولبن الفحل محرم

معناه: أن المرأة إذا أرضعت طفلا بلبن ثاب من وطء رجل^(٢)، حرم الطفل على الرجل وأقاربه، كما يحرم ولده من النسب، لأن اللبن من الرجل كما هو من المرأة، فيصير الطفل ولد الرجل، والرجل أباه، وأولاد الرجل إخوته، سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها وإخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته وآبائهم وأمهاتهم أجداده وجداته، قال أحمد: لبن الفحل أن يكون للرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا، وسئل ابن عباس عن رجل له جاريتان أرضعت إحداها جارية، والأخرى

(١) وانظر سنن النسائى ج ٢ ص ٨٢ الميمية:

(٢) علق ناشرها النسخ المطبوعة على هذا الموضع بقولهم: هكذا فى الأصول. وكأنه لا معنى له. ولكن المراد

من لبن مولود نشأ من رجل وطئ بكرة فحملت فدر لبنها (ف).

غلاما ، فقال : لا ، الاقحاح واحد . قال الترمذى : هذا تفسير لبن الفحل . ومن قال بتحريمه : على ، وابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والحسن ، والشعبى ، والقاسم ، وعروة ، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى . قال ابن عبد البر : وإليه ذهب فقهاء الأمصار بالحجاز ، والعراق ، والشام ، وجماعة أهل الحديث .

ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب ، وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ابن يسار ، ، والنخعى ، وأبو قلابة . ويروى ذلك عن ابن الزبير ، وجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وغير مسمين ، لأن الرضاع من المرأة لا من الرجل . ويروى عن زينب بنت أبي سلمة : « أنها أرضعتها أسماء بنت أبي بكر ، امرأة الزبير ، قالت . وكان الزبير يدخل على وأنا أمتشط ، فيأخذ بقرن من قرون رأسى ، فيقول : أقبل على فحدينى ، أراه والدك ، وما ولد ، فهم إخوتى » . ثم إن عبد الله بن الزبير أرسل يخطب إلى أم كلثوم ابنتى ، على حمزة بن الزبير ، وكان حمزة للكلمية ، فقلت لرسوله : وهل تحل له ؟ وإنما هى ابنة أخيه ؟ فقال عبد الله : إنما أردت بهذا المنع لما قبلك ، أما ما ولدت أسماء فهم إخوتك ، وما كان من غير أسماء فليسوا لك بإخوة ، فأرسلنى فسل عن هذا . فأرسلت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون ، فقالوا لها : إن الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئا ، فأنكحتهما إياه ، فلم تزل عنده حتى هلك عنها .

ولنا : ما روت عائشة رضى الله عنها : « أن أفلح أخا أبى القعيس ، استأذن على بعد ما أنزل الحجاب ، فقلت : والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس ، فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ، إن الرجل ليس هو أرضعنى ، ولكن أرضعتنى امرأته قال : ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك ^(١) » . قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقوله : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه ، وهذا نص قاطع فى محل النزاع ، فلا يعمل على ما خالفه ، فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا ، فإن الزبير كان يمتقد أنها ^(٢) ابنته ، وتمتقده أباه . والظاهر أن هذا كان مشهورا عندهم ، وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنه ، وقول قوم لا يعرفون .

(١) هذه الرواية فى سنن النسائى ج ٢ ص ٨٣ ، وذكر روايات أخرى باختلاف يسير فى اللفظ . وانظر

البخارى ج ٧ ص ١٦ - ١٧

(٢) فى المخطوطة ١٨ : كان يمتقدها ابنته .

٥٢٨٧

﴿مسألة﴾

قال ﴿والجمع بين المرأة وبين عمتها ، وبينها وبين خالتها﴾

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به ، وليس فيه بحمد الله اختلاف ، إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرّموا ذلك^(١) ، ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهى ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يُجمعُ بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » ، متفق عليه ، وقى رواية أبي داود : « لا تنكح المرأة على عمها ، ولا العمة على بنت أخيها ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أخيها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ، ولا الصغرى على الكبرى » ، ولأن العلة فى تحريم الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب ، وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، وهذا موجود فيما ذكرنا . فإن احتجوا بعموم قوله سبحانه : « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ » خصصناه بما روينا .

وبلفنا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبد العزيز ، فسكان مما أنكرا عليه رجم الزانيين^(٢) ، وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبينها وبين خالتها ، وقالوا : ليس هذا كتاب الله تعالى . فقال لهما : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالوا : خمس صلوات فى اليوم والليلة ، وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك ، وسألها عن مقدار الزكاة ونصابها فأخبراه . فقال : فهل تجدان ذلك فى كتاب الله ؟ قالوا : لا نجده فى كتاب الله ، قال : فمن أين صرتما إلى ذلك ؟ قالوا : فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والمسلمون بعده . قال : فكذلك هذا . ثم لا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً ، كعمات آبائهما ، وخالاتهم ، وعمات أمهاتهما وخالاتهن ، وإن علت درجاتهم ، من نسب كان ذلك أو من رضاع ، فكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة ، لا يجوز الجمع بينهما ، لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة ، لما فى الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها فى العقد لما ذكرناه^(٣) ، ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الأختين ، فإذا لم يجمع بين الأختين ، فالمرأة وابنتها أولى .

(فصل)

٥٢٨٨

ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال فى قول عامة أهل العلم ، لعدم النص فيهما بالتحريم ، ودخولهما

(١) والإسماعيلية كذلك ، بل لقد بالغوا حتى قالوا بحل البنات . انظر (عقائد الباطنية لليمانى) فقد عقد

فصلاً طويلاً لتأييد تلك البدعة . (٢) فى المطبوعة : الزانى

(٣) على هامش المخطوطة ١٨ : فى عقد واحد من نسخة أخرى . ولم نجد هذه الرواية فيما بين أيدينا من مخطوطات الكتاب .

في عموم قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ^(١) ولأن إحداهما تحل لها الأخرى لو كانت ذكراً ، وفي كراهة ذلك روايتان .

إحداهما : يكره ، روى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال جابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وسعيد ابن عبد العزيز ، وروى أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طاححة قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذى قرابتها كراهية القطيعة » . ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم للأمور بصلتها ، فأقل أحواله الكراهة .

والأخرى : لا يكره ، وهو قول سليمان بن يسار ، والشمسي ، وحسين بن حسن ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، لأنه ليست بينهما قرابة تحرم الجمع ، فلا يقتضى كراهته كسائر الأقارب .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٨٩

قال ﴿ وإذا عقد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه ، وحرمت عليه أمها ، والجد وإن علا فيما قلت بمنزلة الأب ، وابن الابن فيه وإن سفل بمنزلة الابن ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها ، لقول الله تعالى : « وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ » ^(٢) وهذه من حلائل أبنائه . وتحرم على ابنه ^(٣) لقوله سبحانه : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ » ^(٤) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه : « وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ » ^(٥) وهذه منهن . وإيس في هذا اختلاف بحمد الله ، إلا شيء ذكرناه فيما تقدم ^(٦) ، والجد كالأب في هذا ، وابن الابن كالابن فيه ، لأنهم يدخلون في اسم الآباء والأبناء ، وسواء في هذا القريب والبعيد ، والوارث وغيره ، من قبل الأب والأم ، ومن ولد البنين ، أو ولد البنات ، وقد تقدم ذلك .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٩٠

قال ﴿ وكل من ذكرناه من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن ، إلا بنات العمت والخاللات ، وبنات من نكحهن الآباء والأبناء ، فإنهن محاللات ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها ﴾

وجملة ذلك : أن كل محرمة تحرم ابنتها ، لتناول التحريم لها ، فالأمهات تحرم بناتهن ، لأنهن

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) سورة النساء آية ٢٣ (٣) في جمع الأصول : أية . والسياق يقتضى ما أثبتناه

(٤) سورة النساء آية ٢٢ (٥) سورة النساء آية ٢٣ (٦) انظر المسألة ٥٢٨٧

أخوات أو عمات أو خالات ، والبنات يحرم بناتهن ، لأنهن بنات ، ومحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخت ، وكذلك بنات بنات الأخ . إلا بنات العمات والخالات ، فلا يحرم بالإجماع ، لقول الله تعالى : « وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكِ وَبَنَاتِ خَالَاتِكَ »^(١) فأحلهن الله لنبيه عليه السلام ، ولأنهن لم يذكرن في التحريم ، فيدخلن في قول الله تعالى : « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ »^(٢) ، وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء ، لأنهن حرم لكونهن حلائل الآباء والأبناء ، ولم يوجد ذلك في بناتهن ، ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن ، فدخلن في قوله سبحانه : « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ »^(٣) ، وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ »^(٤) وهن : الرائب ، وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن ، وإنما ذكرها لأنها محلة ، فيشقه حكمها ، فإن قيل : فلم حرمت ابنة الريبة ، ولم تحرم ابنة حليمة الابن ؟ قلنا : لأن ابنة الريبة ريبية ، وابنة الحليمة ليست حليمة ، ولأن علة تحريم الريبة أنه يشق التحرز من النظر إليها ، والحلوة بها ، بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في ابنتها وإن سفلت ، والحليمة حرمت بنكاح الأب والابن لها ، ولا يوجد ذلك في ابنتها .

﴿ مسألة ﴾

٥٢٩١

قال ﴿ ووطء الحرام محرّم ، كما يحرم وطء الحلال والشبهة ﴾

بمعنى : أنه ثبت به تحريم المصاهرة . فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه ، وحرمت عليه أمها وابنتها ، كما لو وطئها بشبهة ، أو حلّالا ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته ، نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروى نحو ذلك عن عمران بن حصين ، وبه قال الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .

وروى عن ابن عباس أن الوطء الحرام^(٥) لا يحرم ، وبه قال سعيد بن المسيب ، ويحيى بن يعمر ، وعروة ، والزهرى ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحرم الحرام الحلال » . ولأنه وطء لا يصير به الموطوءة فراشا ، فلا يحرم كوطء الصغيرة .

ولنا : قوله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ »^(٦) والوطء يسمى نكاحا ،

قال الشاعر :

(١) سورة الأحزاب آية ٥٠ (٢) سورة النساء آية ٢٤ (٣) سورة النساء آية ٢٤

(٤) سورة النساء آية ٢٣ (٥) في المخطوطة ٢٠ : أن وطء الحرام (٦) سورة النساء آية ٢٣

* إذا زنيت فأجد نكاحاً *

فعمل في عموم الآية ، وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء ، وهو قوله سبحانه وتعالى : « إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا »^(١) وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » . وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال : « ملمون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء المباح تعلق بالخطور كوطء الحائض ، ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة ، فأفسده الوطء الحرام كالإحرام ، وحديثهم لا نعرف صحته ، وإنما هو من كلام ابن أسوع ، بمض قضاة العراق ، كذلك قال الإمام أحمد . وقيل : إنه من قول ابن عباس ، ووطء الصغيرة ممنوع ، ثم يبطل بوطء الشبهة .

(فصل)

٥٢٩٢

والوطء على ثلاثة أضرب :

مباح ، وهو الوطء في نكاح صحيح ، أو ملك يمين ، فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ، وبمعتبر محرما لمن حرمت عليه ، لأنها حرمت عليه على التأييد بسبب مباح ، أشبه النسب .

الثاني : الوطء بالشبهة ، وهو الوطء في نكاح فاسد ، أو شراء فاسد ، أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته ، أو وطء الأمة المشتركة بينه وبين غيره ، وأشبه هذا . فهذا يتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده ، وهذا مذهب مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي . ولأنه وطء يلحق به النسب ، فأثبت التحريم كالوطء المباح ، ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ، ولا يباح له به النظر إليها ، لأن الوطء ليس بمباح ، ولأن الحرمة تتعلق بكمال حرمة الوطء ، لأنها إباحة ، ولأن الموطوءة لم يستباح النظر إليها ، فلأن لا يستباح النظر إلى غيرها أولى .

الثالث : الحرام الحض ، وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور^(٢) ، ولا تثبت به الحرمة ، ولا إباحة النظر ، لأنه إذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام الحض أولى ، ولا يثبت به نسب ، ولا يجب به المهر إذا طأوعته فيه .

٥٢٩٣

(فصل)

ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر ، لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وُجد في الزوجة والأمة ، فكذلك في الزنا ، فإن تلوط بغلام فقال بعض أصحابنا : يتعلق به التحريم أيضاً ، فيحرم على اللاتط أم الغلام وابنته ، وعلى الغلام أم اللاتط وابنته ، قال : ونص عليه أحمد ، وهو قول الأوزاعي ، لأنه وطء في الفرج ، فزهر الحرمة كوطء المرأة ، ولأنها بذت من وطئه وأمه ، فخرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة أنثى . وقال أبو الخطاب : يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج ، يكون فيه روايتان ، والصحيح : أن هذا لا ينشر الحرمة ، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم ، فيدخلن في عموم قوله تعالى : « وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ »^(١) ولأنهن غير منصوص عليهن ، ولا في معنى المنصوص عليه ، فوجب ألا يثبت حكم التحريم فيهن ، فإن المنصوص عليهن في هذا حلل الأبناء ، ومن نكحهن الآباء ، وأمهات النساء وبناتهن ، وليس هؤلاء منهن ، ولا في معنهن ، لأن اوطء في المرأة يكون سبباً للبضمية^(٢) ، ويوجب المهر ، ويلحق به النسب ، وتصير به المرأة فراشاً ، ويثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط ، فلا يجوز إلحاقه بهن ، لعدم العلة ، وانقطاع الشبه ، ولذلك لو أرضع الرجل طفلاً لم يثبت به حكم التحريم ، فهنا أولى ، وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به ، وإطراح النص بمثله .

٥٢٩٤

(فصل)

ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا ، وأخته ، وبنت ابنه ، وبنت بنته ، وبنت أخيه ، وأخته من الزنا ، وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه : يجوز ذلك كله ، لأنها أجنبية منه ، ولا تنسب^(٣) إليه شرعاً ، ولا يجري التوارث بينهما ، ولا تعلق عليه إذا ملكها ، ولا تلزمه نفقتها ، فلم تحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا : قوله تعالى : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ »^(٤) وهذه بنته ، فإنها أنثى مخلوقة من مائة ، هذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ويدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة هلال ابن أمية : « انظروه يعني ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن سحاء »^(٥) يعني : الزاني ، ولأنها مخلوقة من مائة وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ، ولأنها بضعة منه ، فلم يحل له كبنته من النكاح ، وتختلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنته ، كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين .

(١) سورة النساء : آية ٢٤ (٢) في المخطوطة ١٨ : سبباً للبضمية (٣) في المخطوطات : لا تنسب

(٤) سورة النساء : آية ٣٣ (٥) أخرجه الجماعة إلا سالماً والنسائي من حديث في اللعان وفيه : « فإن

جاءت به أ كحل العينين سامع الأليتين ، خدج الساقين فهو لشريك » (ف)

إذا ثبت هذا : فلا فرق بين علمه بكونها منه ، مثل : أن يطاء امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ، ثم يحفظها حتى تضع ، أو مثل : أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتى بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ، فإنها تحرم على جميعهم لوجهين . أحدهما : أنها بنت موطوءتهم . والثاني : أننا نعلم أنها بنت بعضهم ، فتحرم على الجميع ، كالزواج الوليان ولم يعلم السابق منهما ، وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم ، فإن ألحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقيين ، ولم تحل لأحد ممن وطئ أمها ، لأنها في معنى ربيبتها .

(فصل)

٥٢٩٥

وطء الميتة يحتمل وجهين . أحدهما : ينشر الحرمة . لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة ، فلم يختص بالحياة كالرضاع . والثاني : لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي . لأنه ليس [بسبب] للبضعية ^(١) ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء ، والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من إنبات اللحم ، وإنشاز العظم ، وهذا يحصل من لبن الميتة .

وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان . أحدهما : ينشرها ، وهو قول أبي يوسف ، لأنه وطء لأدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة . والثاني : لا ينشرها ، وهو قول أبي حنيفة . لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة .

(فصل)

٥٢٩٦

فأما المباشرة فيما دون الفرج فإن كانت أثير شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف فعلمه ، وإن كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً . قال الجوزجاني : سألت أحمد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة ، أو قبلها أو باشرها ، فقال : أنا أقول : لا يحرمه شيء من ذلك إلا الجماع ، وكذلك نقل أحمد بن القاسم ، وإسحق بن منصور ، وإن كانت المباشرة لامرأة محالة له كامرأته أو مملوكته لم تحرم عليه ابتذنها . قال ابن عباس : لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها ، وبه قال طاوس ، وعمر بن دينار . لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » ^(٢) وهذا ليس بدخول ، فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشرة لها وابنه ، فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ، فلا يظهر للمباشرة أثر .

وأما الأمة : فتى باشرها دون الفرج شهوة ، فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان :

إحداها : ينشرها ، روى ذلك عن ابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، ومسروق ، وبه قال القاسم ، والحسن ، ومكحول ، والنخعي ، والشعبي ، ومالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، وعلي بن المديني ، وهو

(١) في المخطوطة ١٨ : للبضعية .

(٢) سورة النساء : ٢٣ .

أحد قولي الشافعي . لأنه نوع استمتاع ، فمتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ، ولأنه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطئ .

والثانية : لا يثبت به التحريم ، لأنها ملامسة لا توجب الفصل ، فلم يثبت بها التحريم ، كما لو لم يكن بشهوة ، لأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ، ولا نص في هذا ، ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولا الجمع عليه ، فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر والإحصان ، والاعتزال والمدة ، وإفساد الإحرام ، والصيام ، بخلاف اللبس ، وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل ، وهذا الذي ذكرناه أقرب إلى الصواب إن شاء الله سبحانه ^(١)

(فصل)

٥٢٩٧

ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة ^(٢) فهو كالمس بها لشهوة فيه أيضاً روايتان .

إحدهما : ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللبس ، روى عن عمر ، وابن عمر ، وعامر بن ربيعة — وكان بدرياً ، وعبد الله بن عمرو ، فبمن يشتري الخدام ثم يجردها أو يقبلها ، لا يحل لابنه وطؤها ، وهو قول القاسم ، والحسن ، ومجاهد ، ومكحول ، وحماد ابن أبي سليمان ، وأبي حنيفة ، لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » . وفي لفظ : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » .

والثانية : لا يتعلق به التحريم ، وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم ، لقوله تعالى : « وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ » ، ولأنه نظر من غير مباشرة فيما يوجب التحريم ، كالنظر إلى الوجه ، والخبر ضعيف . قاله الدارقطني . وقيل : هو موقوف على ابن مسعود ، ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء .

وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة ، وقال بعض أصحابنا : لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة ، والصحيح خلاف هذا ، فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق ، ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة ، فكذلك غيره ، ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة ، لأن اللبس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغیر شهوة ، فالنظر أولى وموضع الخلاف في اللبس والنظر فيمن بلغت سنًا يسكن الاستمتاع منها ، كابتنة تسع فما زاد ، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك . وقد روى عن أحمد في بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها . قال القاضي : هذا عندى محمول على السن الذي توجد معه الشهوة .

(فصل)

٥٢٩٨

فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحسبته في التحريم حكم نظره إليها . نص عليه أحمد ، لأنه معنى

(١) في المخطوطات : إن شاء الله تعالى . (٢) في المخطوطة ١٨ لشهوة .

يوجب التحريم ، فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع ، وكذلك ينبغي أن يكون حكم لیسها له وقبالتها إياه شهوة لما ذكرنا .

٥٣٩٩

(فصل)

فأما الخلوۃ بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة ، وقد روى عن أحمد : إذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ، ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها . قال القاضي : هذا محمول على أنه حصل مع الخلوۃ مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين اللتين ذكرناهما ، فأما مع خلوۃ من ذلك فلا يؤثر في تحريم الریبة ، لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ » ^(١) وقوله : (وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ) ^(٢) وأما الخلوۃ بأجنبية أو أمة فلا تنشر تحريماً ، لانعلم في ذلك خلافاً ، وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين ، لأنه إذا حرم العقد المراد للوطء فالوطء أولى .

٥٣٠٠

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإن تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فد ، وإن تزوجهما في عقدین فالأولى زوجته ، والقول فيها القول في المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ﴾

وجملة ذلك : أن الجمع بين المرأة وأختها ، أو عمتها أو خالتها محرم ، فن جمع بينهما فعقد عليهما ممكاً لم يصح العقد في واحدة منهما ، لأنه لا يمكن تصحيحه فيهما ، ولا مزية لإحداهما على الأخرى ، فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين . وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع لذلك ، وإن تزوجهما في عقدین فنكاح الأولى صحيح ، لأنه لا جمع فيه ، ونكاح الثانية باطل ، لأن الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ، ولا يصح عقده عليها حتى تبين الأولى منه ، ويحول نكاحها وعدتها .

٥٣٠١

(فصل)

فإن تزوجهما في عقدین ولم يدر أولاهما فعليه فرقتهما ممكاً . قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدرى أيتهم تزوج أولاً : نفرق بينهما وبينهما ، وذلك لأن إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ، ولا نعرف الخللة له ، فقد اشتبهت عليه ، ونكاح إحداهما يصح ، ولا نتيقن بينونهما منه إلا بطلافهما جميعاً أو فسخ نكاحهما ، فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ، ولم يعرف الأول منهما ، وإن أحب أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس ، وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ، ولا يخلو من ثلاثة أقسام .

أحدها : ألا يكون دخل بواحدة منهما ، فله أن يعقد على إحداهما في الحال بعد فراق الأخرى .

الثاني : إذا دخل بإحداهما فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ، ثم ترك المصاة حتى تنقضي

عدتها ، ثم نكحها ، لأننا لأننا نأمن أن تكون هي الثانية ، فيكون قد أصابها في نكاح فاسد ، فلماذا اعتبرنا انقضاء عدتها . ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال ، لأن النسب لاحق به . ولا يمان ذلك عن مائة ، وإن أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ، ثم انتظرها حتى تنقضى عدتها ، ثم تزوج أختها .

القسم الثالث : إذا دخل بهما ، فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى من حين أصابها . وإن ولدت منه إحداها أو هما جميعاً فالنسب لاحق به ، لأنه إما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد ، وكلاهما يلحق النسب فيه ، وإن لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة .

(فصل)

٥٣٠٢

فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا أحدهما نصف المهر ، ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه . وإن لم يفعل أقرع بينهما ، فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها . وقال أبو بكر : اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول ، وإن دخل بواحدة منهما أقرع بينهما ، فإن وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر ، وللمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها ، وإن وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى ، وللمصابة المسمى بجميعه ، وإن أصابها ممماً فلا أحدهما المسمى ، والأخرى مهر المثل ، يقرع بينهما فيه إن قلنا : إن الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل ، وإن قلنا : بوجود المسمى فيه وجب ههنا لكل واحدة منهما .

(فصل)

٥٣٠٣

قال أحمد : إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها ، اعتزل زوجته حتى تنقضى عدة الثانية ، إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجز له حتى تنقضى عدة الموطوءة ، كذلك لا يجوز الوطء لاسرته حتى تنقضى عدة أختها التي أصابها .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٠٤

قال ﴿ وإن تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الأجنبية ﴾ . وجملة ذلك : أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية ممماً ، بأن يكون لرجل أخت وابنة عم ، لإحداهما رضيمة المتزوج ، فيقول له : زوجتكهما ممماً . فيقبل ذلك . فالمنصوص ههنا صحة نكاح الأجنبية . ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة ، وقيل فيه روايتان .

إحداهما : يفسد فيهما ، وهو أحد قول الشافعي ، واختيار أبي بكر ، لأنها لفظة واحدة جمعت حلالاً وحراماً ، فلم تصح كالوجع بين أختين .

والثانية : يصح في الحرة ، وهي أظهر الروايتين وهذا قول مالك ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهله ، لم يجتمع معها فيه مثلها ، فصح كما لو انفردت به ،

وفارق العقد على الأختين ، لأنه لا مزية لإحداها على الأخرى ، وههنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها ، فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثلها منه . وفيه وجه آخر : أن لها نصف المسمى ، وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد ، هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله .

(فصل —)

٥٣٠٥

ولو تزوج يهودية ومجوسية ، أو محللة ومحرمة في عقد واحد ، فسد في المجوسية والمحرمة . وفي الأخرى وجهان . وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة ، وفي الحرائر وجهان ، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الحرتين ، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيها ، لأن الجمع بينهما محرم ، فلم يصح فيهما كالأختين .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٠٦

قال ﴿ وإذا اشترى أختين فأصاب إحداها لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى يبيع أو نكح أو هبة وما أشبهه ، ويعلم أنها ليست بحامل . فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عايه الأولى ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصول ستة :

الفصل الأول

٥٣٠٧

أنه يجوز الجمع بين الأختين في الملك بغير خلاف بين أهل العلم ، وكذلك بينها وبين عمتها وخالتها . ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخاتها ، لأن الملك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والوثنية . والمعتدة والمزوجة ، والمحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة .

الفصل الثاني

٥٣٠٨

أنه لا يجوز الجمع بين الأختين من إمامته في الوطء . نص عليه (أحمد)^(١) في رواية الجماعة . وكرهه عمر ، وعثمان ، وعلي ، وعمار ، وابن عمر ، وابن مسعود . ومن قال بتحريمه : عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، ومالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وروى عن ابن عباس أنه قال : « أحلتها آية ، وحرمتها آية ، ولم أكن لأفعله » . ويروى ذلك عن علي أيضاً ، يريد بالمحرمة قوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ »^(٢) وبالمحللة قوله تعالى : « إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ »^(٣)

(١) السكامة ساقطة من المخطوطات التي بين أيدينا .

(٢) سورة النساء آية ٢٣

(٣) سورة النساء آية ٦

وقد روى ابن منصور عن أحمد ، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين ، أحرار هو ؟ قال : لا أقول حرام ، ولكن نهي عنه . فظاهر هذا ^(١) أنه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر : لا يحرم استدلالا بالآية المحللة ، لأن حكم الحرائر في الوطء يخالف لحكم الإمام . ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر ، وتباح في الإمام . بغير حصر ، والمذهب تحريمه للآية المحرمة ، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعاً ، بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن ، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن ، وهذه منهن ، ولأنها امرأة صارت فراشاً فحرمت أختها كالزوجة .

الفصل الثالث

٥٣٠٩

أنه إذا كان في ملكه أختان فله وطء إحداها ، في قول أكثر أهل العلم ، وقال الحكم وحماد : لا يقرب واحدة منهما ، وروي ذلك عن النخعي ، وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .
ولنا : أنه ليس يجمع بينهما في الفراش ، فلم يحرم كالأخت لو كان في ملكه إحداها فقط .

الفصل الرابع

٥٣١٠

أنه إذا وطئ إحداها فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه بإخراج عن ملكه أو تزويج ، هذا قول علي ، وابن عمر ، والحسن ، والأوزاعي ، وإسحاق ، والشافعي ، فإن رهنها لم تحل له أختها ، لأن منعه من وطئها لحق المرتين لا لتحريمها ، ولهذا يحل له بإذن المرتين في وطئها ، ولأنه يقدر على فكها متى شاء ، واسترجاعها إليه ، وقال قتادة : إن استبرأها حلت له أختها ، لأنه قد زال فراشه ، ولهذا لو أتت بولد فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى ، فأشبهه ما لو زوجها .

ولنا : قول علي وابن عمر ، ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له ، فأشبه ما لو طئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده إليها ، فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما ، وإن حرم إحداها على نفسه لم تبسح الأخرى ، لأن هذا لا يحرمها إنما هو يمين ، يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء أزاله بالكفارة ، فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام ، وإن كاتب إحداها فظاهر كلام الخرق : أنه لا تحل له الأخرى ، وقال أصحاب الشافعي : تحل له الأخرى ، لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على دفعه ، فأشبهه التزويج .

ولنا : أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرها ، فلم تبسح له أختها كالمرهونة .

(١) في المطبوعة وظاهر هذا .

الفصل الخامس

٥٣١١

أنه إذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرىء الخرجة ، ويعلم براءتها من الحل ، ومنى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها ، لأنه يكون جامعاً مائة في رحم أختين ، بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها .

(فصل)

٥٣١٢

فإن وطئ أمتيه الأختين معاً فوطء الثانية محرم ، ولا حد فيه ، لأن^(١) وطئه في ملكه ، ولأنها مختلف في حكمها^(٢) وله سبيل إلى استباحتها ، بخلاف أخته من الرضاع الملوكة له ، ولا يحل له وطء إحداها حتى يحرم الأخرى ويستبرئها . وقال القاضى ، وأصحاب الشافعى : الأولى باقية على الحل ، لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال ، إلا أن القاضى قال : لا يعلوها حتى يستبرىء الثانية .

ولنا : أن الثانية قد صارت فراشا له ، يلحقه نسب ولدها ، فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم : إن الحرام لا يحرم الحلال ، ليس بخبر صحيح ، وهو متروك بما لو وطئ الأولى في حيض أو نفاس أو إحرام حرمت عليه أختها ، وتحرم عليه أمها وابنتها على التأييد ، وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال . ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها ، سواء وطئها حراماً أو حلالاً .

الفصل السادس

٥٣١٣

أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ، ثم عادت الأولى إلى ملكه ، فليس له وطء إحداها ، حتى تحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج ، نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعى لا يحرم عليه واحدة منهما ، لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها .

ولنا : أن هذه صارت فراشاً ، وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً ، فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً ، كما لو انفردت به .

فأما إن استفرش أمة واشترى أختها ، فإن المشتراة لم تسكن فراشاً له ، بل هى محرمة عليه بافتراض أختها . ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ، ثم عادت إليه قبل وطء أختها ، فهى حلال له ، وأختها محرمة عليه ، لأن أختها فراشه .

(فصل)

٥٣١٤

وحكم المباشرة من الإمام فيما دون الفرج ، والنظر إلى الفرج بشهوة^(٣) فيما يرجع إلى تحريم الأخت

(١) فى الطبوعة : ولأن . (٢) فى المخطوطة ١٨ : ٢٢ فى حلها . (٣) فى المخطوطة ١٨ لشهوة .

كحكاه في تحريم الربيبة ، والصحيح أنه لا يحرم ، لأن الحل ثابت بقوله : « إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ » ومخالفة ذلك إنما ثبتت بقوله : « وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ » والمراد به : الجمع في العقد أو الوطء ، ولم يوجد واحد ، منهما ، ولا مافى معناهما .

(فصل)

٥٣١٥

وإن وطئ أمته ثم أراد نكاح أختها ، فقد سئل أحمد عن هذا فقال : لا يجمع بين الأختين الأمتين . فيحتمل أنه أراد : أن النكاح لا يصح ، وهى إحدى الروايات عن مالك . قال القاضى : هو ظاهر كلام أحد ، لأن النكاح نصير به المرأة فراشاً ، فلم يجوز أن ترد على فراش الأخت كالوطء ، ولأنه فعل فى الأخت ما ينافى إباحتها المفترشة ، فلم يجوز كالوطء .

ويحتمل : أن يصح النكاح ، ولا تباع المنكوحه حتى تحرم أختها ، وهو مذهب أبى حنيفة . قال أبو الخطاب : وهو ظاهر كلام أحد ، لأنه سبب يستباح به الوطء ، فجاز أن يرد على وطء الأخت . ولا يبيح كالشراء . وقال الشافعى : يصح النكاح ، وتحل له المنكوحه ، وتحرم [عليه] أختها ، لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين ، فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى .

ووجه الأول : ما ذكرناه ، ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعله الجمع ، فنفع صحة نكاحها كالزوجية ، ويفارق الشراء فإنه لا يقصده الوطء ، ولهذا صح شراء الأختين ، ومن لا يحل له ، وقوله : النكاح أقوى من الوطء ممنوع ، وإن سلم فالوطء أسبق ، فيقدم ، وينفع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه ، كالعدة تمنع ابتداء نكاح الأخت ، وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأمها ، ولأن هذا بمنزلة نكاح الأخت فى عدة أختها ، لكونه لم يستبرىء الموطوءة .

(فصل)

٥٣١٦

فإن زوج الأمة الموطوءة ، أو أخرجها عن ملكه ، فله نكاح أختها ، فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجية بحالها ، وحلها باق ، لأن النكاح صحيح ، وهو أقوى ولا تحل له الأمة . وعنه : أنه ينبغي أن تحرم إحداها ، لأن أمته التى كانت فراشاً قد عادت إليه ، والمنكوحه مستفرشة . فأشبه أمته التى وطئ إحداها بعد تزويج الأخرى ، ثم طلق الزوج أختها ، وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له ، لأن النكاح كالوطء ، فأشبه مالو وطئ أمته ثم اشترى أختها ، فإن وطئ أمته حرمت عليه حتى يستبرىء الأمة ، ثم تحل له زوجته دون أمته ، لأن النكاح أقوى وأسبق ، وإنما وجب الاستبراء لثلاث يكون جامعاً لثلاثه فى رحم أختين . ويحتمل أن يحرم ما عليه جميعاً حتى يحرم إحداها كالأمتين .

﴿ مسألة ﴾

٥٣١٧

قال رحمه الله ﴿ وعة الأم وخالتها في ذلك كأختها ﴾

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء ، والتفصيل فيهما كالتفصيل في الأختين على ما ذكرنا .

﴿ مسألة ﴾

٥٣١٨

قال ﴿ ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها ﴾

أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة ورببتها جائزا لا بأس به ، فعلى عبد الله بن جعفر ، وعبد الله بن صفوان بن أمية . وبه قال سائر الفقهاء ، إلا الحسن ، وعكرمة ، وابن أبي ليلى ، رويت عنهم كراهيته ، لأن إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الأخرى . فأشبهه المرأة وعمتها .

ولنا : قول الله تعالى : « وأحلّ لكم ما وراء ذلكم » ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتهما الأجانبين ، ولأن الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القرابية بين المتناسبين ، ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكرناه .

(فصل)

٥٣١٩

ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ، ولها بنت من غيره ، أو كان له بنت ولها ابن ، جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء . وحكى عن طاوس كراهيته إذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها . والأول أولى لعدم الآية ، والمعنى الذى ذكرناه ، فإنه ليس بينهما نسب ، ولا سبب يقتضى التحريم ، وكونه أخاً لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم ، فبقى على الإباحة لعدم الآية ، ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عمّاً لولد ولديهما ، وخالا .

(فصل)

٥٣٢٠

وإن تزوج امرأة . لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه ، فحتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم . فإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الابن خال ولد الأب ، وولد الأب عم ولد الابن^(١) . ويروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال : يا أمير المؤمنين ، إنى تزوجت امرأة وزوجت ابني بأمها ، فأخبرنا ، فقال عبد الملك : إن أخبرتنى بقرابة ولدك من ولد ابنك أخبرتك ، فقال الرجل : يا أمير المؤمنين هذا العريان بن المهيم الذى وليته قائم سيفك إن علم ذلك فلا تخبرنى ، فقال العريان : أحدهما عم الآخر والآخر خاله .

(١) في المخطوطات قدم ولد الأب على ولد الابن : ففى الفقرة تقديم وتأخير .

(فصل)

٥٣٢١

وإذا تزوج رجل بامرأة، وزوج ابنته أو أمها، فزُفَّت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها، فإن وطئ الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطئ شبهة، ويفسخ به نكاحها من زوجها، لأنها صارت بالوطء حليلة ابنته أو أبيه، ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها، لأن الفسخ جاء من قبلها، بتمكينها من وطئها، ومطاوعتها عليه، ولا شيء لزوجها على الواطئ، لأنه لم يلزمه شيء يرجع به، ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة، فلم يجب على زوجها شيء، كما لو انفردت به.

ويحتمل أن يلزمه لزوجه نصف مهر مثلها، لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول، أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع. ويفسخ نكاح الواطئ أيضاً، لأن امرأته صارت أمًا لموطوءته أو بنتًا لها، ولها نصف المسمى، فأما وطئ الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة، فإن أشكل الأول انفسخ النكاحان، وأشكل واحدة مهر مثلها على واطئها، ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر، ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك.

﴿مسألة﴾

٥٣٢٢

قال ﴿وحرَّأ نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال للمسلمين﴾

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرَّأ نساء أهل الكتاب. وعن روى عنه ذلك: عمر، وعثمان، وطلحة، وحذيفة، وسلمان، وجابر، وغيرهم. قال ابن المنذر: ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك، وروى الخلال بإسناده أن حذيفة، وطلحة، والجارود بن المعل، وأذينة العبدى، تزوجوا نساء من أهل الكتاب، وبه قال سائر أهل العلم، وحرمة الإمامية تمسكاً بقوله تعالى: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ»^(١)، «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفِرِ»^(٢).

ولنا: قول الله تعالى^(٣): «الْيَوْمَ أَحِلَّ لَكُمْ الْغَلِيظَاتُ» — إلى قوله — وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ « وإجماع الصحابة. فأما قوله سبحانه: «وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ» فروى عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة، وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى، لأهمها متقدمتان، والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما. وقال آخرون

(١) سورة البقرة آية ٢٢١

(٢) سورة الممتحنة آية ١٠

(٣) سورة المائدة ٥

ليس هذا نسخاً ، فإن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب ، بدليل قوله سبحانه : « لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُتَنَفَكِينَ ^(١) » وقال : « إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ ^(٢) » وقال : « لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عَدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا ^(٣) » وقال : « مَا يُوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ ^(٤) » وسائر آي القرآن يفصل بينهما . فدل على أن لفظة « المشركين » بإطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب . وهذا معنى قول سعيد بن جبير ، وقتادة ، ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة ، وآيتنا خاصة في حل أهل الكتاب ، والخاص يجب تقديمه .

إذا ثبت هذا : فالأولى ألا يتزوج كتابية ، لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب : « طلقوهن » ، فطلقوهن إلا حذيفة ، فقال له عمر : طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خرة طلقها . قال : تشهد أنها حرام ؟ قال : هي خرة . قال : قد علمت أنها خرة ، ولكنها لي حلال ، فلما كان بعد طلقها ، فقيل له : ألا طلقتها حين أمرك عمر ؟ قال : كرهت أن يرى الناس أني ركبت أسراً لا ينبغي لي . ولأنه ربما مال إليها قلبه فقتلته ، وربما كان بينهما ولد فيميل إليها .

(فصل)

٥٣٢٣

وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم : أهل التوراة والإنجيل . قال الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا » فأهل التوراة : اليهود والسامرة ، وأهل الإنجيل : النصارى ومن وافقهم ، في أصل دينهم من الإفرنج ، والأرمن ، وغيرهم . وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً ، فروى عن أحد أنهم جنس من النصارى ، ونص عليه الشافعي ، وعلق القول فيهم في موضع آخر . وعن أحد أنه قال : بلغني أنهم يسبتون ^(٥) ، فهو لاء إذا يشبهون اليهود . والصحيح فيهم أنهم إن كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه ، وإن خالفوهم في أصل الدين فليس هم منهم ، والله أعلم .

وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصحف إبراهيم وشيث ، وزبور داود ، فليسوا بأهل كتاب ، ولا تحمل مناعتهم ، ولا ذبائحهم . وهذا قول الشافعي ، وذكر القاضي فيهم وجهاً آخر : أنهم من أهل الكتاب ، وتحمل ذبائحهم ونسكاح نسائهم ، ويقرون بالجزية ، لأنهم تمسكوا بكتب من كتب الله . فأشبهوا اليهود والنصارى .

(١) سورة البينة آية ١

(٢) سورة البينة آية ٦

(٣) سورة المائدة آية ٨٣ .

(٤) سورة البقرة آية ١٠٥ .

(٥) رحم الله الإمام أحمد . فلا زالت بنايا هذه النحلة التي عرفها باقية إلى الآن بمنزلة في جماعة الأذفست ،

وشهود يهوه . انظر (الحق يحرركم) من منشورات البهويين . ومنهم البهائية . انظر (الحجج البهية) للجرفادقاني .

ولنا : قول الله تعالى : « أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ^(١) » ولأن تلك الكتب كانت مواضع وأمثالا لأحكام فيها ، فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام .

(فصل)

٥٣٢٤

وليس للمجوس كتاب ، ولا تحمل ذبائحهم ، ولا نكاح نسائهم . نص عليه أحمد . وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور ، فإنه أباح ذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة « تزوج مجوسية » ولأنهم يقرون بالجزية . فأشبهوا اليهود والنصارى .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ ^(٢) » وقوله : « وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكُوفَرِ ^(٣) » فرخص من ذلك في أهل الكتاب ، فنعدم بقاء على العموم ، ولم يثبت أن للمجوس كتابا . وسئل أحمد : أصبح عن عليّ : أن للمجوس كتابا ؟ فقال : هذا باطل . واستعظمه جداً ، ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين ، وقوله عليه السلام : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ ^(٤) » دليل على أنه لا كتاب لهم ، وإنما أراد به النبي صلى الله عليه وسلم في حقن دمائهم ، وإقرارهم بالجزية لا غير . وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم ، فإننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية ، وضعف أحد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية ، وقال : أبو وائل يقول : « تزوج يهودية » وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية ، وقال ابن سيرين : كانت امرأة حذيفة نصرانية ، ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما إقرارهم بالجزية فلا نغلبنا حكم التحريم لدمائهم ، فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم .

(فصل)

٥٣٢٥

وسائر الكفار غير أهل الكتاب كن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان ، فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين ، وعدم المعارض لها ، والمرئدة يحرم نكاحها على أي دين كانت ، لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه ، ففي حايها أولى .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢١

(١) سورة الأنعام : آية : ١٥٦

(٤) أخرجه البزار عن عبد الرحمن بن عوف (ف)

(٣) سورة الممتحنة آية ١٠

﴿مسألة﴾

٥٣٢٦

قال ﴿ وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً ، والآخر وثنياً ، لم ينسكحها مسلم ﴾
وجملته : أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي ، لم يحل نكاحها ، سواء كان وثنياً أو مجوسياً
أو مرتداً ، وبهذا قال الشافعي فيما إذا كان الأب غير كتابي ، لأن الولد ينسب إلى أبيه ، ويشرف بشرفه ،
وينسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان .

ولنا : أنها غير متمحضة من أهل الكتاب فلم يحز للمسلم نكاحها ، كما لو كان أبوها وثنياً ، ولأنها
مولودة بين من يحل وبين من لا يحل ، فلم يحل كالسَّمْع والبغل . ويحتمل أن تحل بكل حال لدخولها في
عموم الآية المبيحة ، ولأنها كتابية تقرر على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان ، والحكم فيمن أبواها غير
كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك ، لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنياً ، فلأن تحرم إذا
كانا وثنيين أولى . والاحتمال الذي ذكرناه ، ثم يتحقق ههنا اعتبار الحال نفسها دون أبيها .

﴿مسألة﴾

٥٣٢٧

قال ﴿ وإذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب ، أجبرت على
الإسلام ، فإن لم تسلم حتى انتقض عدتها انفسخ نكاحها ﴾ الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة :

(الفصل الأول)

٥٣٢٨

أن الكتابي إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه ، لا ندلم في هذا خلافاً [بين أهل العلم]
فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الأوثان وغيرها ، مما يستحسنه ، فالأصل منهم لا يُقر على
دينه ، فالمنتقل إليه أولى ، وإن انتقل إلى [دين] المجوسية لم يُقر أيضاً ، لأنه انتقل إلى أنقص من دينه ،
فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد ، فأما إن انتقل إلى دين آخر من [أديان] أهل الكتاب كاليهودى ينصر ،
أو النصراني يتهود ، ففيه روايتان .

إحداها : لا يقر أيضاً ، لأنه انتقل إلى دين باطل ، قد أقر ببطلانه ، فلم يقر عليه كما ارتد .
والثانية : يقر عليه ، نص عليه أحمد . وهو ظاهر كلام الخرق ، واختيار الخلال^(١) وصاحبه ، وقول
أبي حنيفة ، لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب . فأشبه المنتقل ، وللشافعي قولان كالروايتين .

فأما المجوسى إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين . وإن انتقل إلى دين أهل
الكتاب خرج فيه الروايتان ، وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة^(٢) لعموم قوله عليه السلام : « من بدل

(١) في المخطوطة - ٢٠ : واختاره الخلال . (٢) في المخطوطة ٣٩ : والمرأة والرجل فيما ذكرنا سواء .

دينه فاقتلوه^(١) . واعموم المعنى الذى ذكرناه فيهما جميعاً .

(الفصل الثانى)

٥٣٢٩

أن المنتقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام ، نص عليه أحمد ، واختاره الخلال وصاحبه . وهو أحد أقوال الشافعى ، لأن غير الإسلام أديان باطلة ، قد أقر ببطالانها ، فلم يقر عليها كالمرتد ، وعن أحمد : أنه لا يقبل إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه ، لأن دينه الأول قد أقرناه عليه مرة ، ولم ينتقل إلى خير منه ، فنقره عليه إن رجع إليه ، ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه ، فيقبل منه الرجوع إليه كالمرتد إذا رجع إلى الإسلام .

وعن أحمد رواية ثالثة : أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء : الإسلام ، أو الرجوع إلى دينه الأول ، أو دين يقر أهله عليه ، لعموم قوله تعالى : « حَتَّى يُنْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ »^(٢) . وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقتلنا : لا يقر . ففيه الروايتان . إحداهما : لا يقبل منه إلا الإسلام . والأخرى : لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذى كان عليه .

(الفصل الثالث)

٥٣٣٠

في صفة إجباره على ترك ما انتقل إليه . وفيه روايتان

إحداهما : أنه يقتل إن لم يرجع ، رجلاً كان أو امرأة ، لعموم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولأنه ذمى نقض العهد ، فأشبه ما لو نقضه بترك التزام الذمة . وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين^(٣) .

أحدهما : يستتاب ، لأنه يُسترجع عن دين باطل انتقل إليه ، فيستتاب كالمرتد .

والثانى : لا يستتاب ، لأنه كافر أصلى أبيح قتله ، فأشبهه الحربى . فعلى هذا إن بادر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصم دمه ، وإلا قتل .

والرواية الثانية : عن أحمد ، قال : إذا دخل اليهودى فى النصرانية رددته إلى اليهودية ، ولم أدعه فيما انتقل إليه ، فقيل له : أقتله ؟ قال : لا ، ولكن يضرب ويحبس ، قال : وإن كان نصرانياً أو يهودياً فدخل فى الجوسية كان أغلط ، لأنه لا تؤكل ذبيحته ، ولا تنكح له امرأة ، ولا يترك حتى يرد إليها ، فقيل له : تقتله إذا لم يرجع ؟ قال : إياه لأهل ذلك^(٤) ، وهذا نص فى أن الكتابى المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل ، بل يكره بالضرب والحبس .

(١) أخرجه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى والنسائى عن ابن عباس (ف) .

(٢) سورة التوبة . آية ٢٩ . (٣) فى المخطوطة ١٨ : فيه وجهان .

(٤) فى المخطوطة ٢٠ : لأهل لذلك .

الفصل الرابع

٥٣٣١

أن امرأة المسلم الذميمة إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة ، لأنه غير دين أهل الكتاب ، فهي كالمرتدة ، لأن غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم ، فتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ، ولا مهر لها ، لأن النسخ من قبلها . وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين ، والأخرى : يفسخ في الحال أيضاً .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٣٢

قال ﴿ وأمة الكتائية حلال له دون أمة المجوسية ﴾ الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما

٥٣٣٣

أن أمة الكتائية حلال له ، وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن ، فإنه كرهه ، لأن الأمة الكتائية يحرم نكاحها ، فحرم التبرى بها كالمجوسية .

ولنا : قول الله تعالى : « إِنْ عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ^(١) » ولأنها ممن يحل نكاح حرائهم ، فحل له التبرى بها كالسلمة ، فأما نكاحها فيحرم ، لأن فيه إرقاق ولده ، وإبقاءه مع كفرة ، بخلاف التبرى :

الفصل الثاني

٥٣٣٤

أن من حرّم نكاح حرائهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب ، لا يباح وطء الإماء منهم بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم ، منهم : مروة الهمداني ، والزهرى ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال ابن عبد البر : [جرى] على هذا جماعة فقهاء الأمصار ، وجهور العلماء ، وما خالفه فشذوذ لا يمد خلافاً ، ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس . ووجه قوله عموم قوله تعالى « وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ^(٢) » . والآية الأخرى .

(١) سورة المؤمنون : آية ٦ .

(٢) الآية من سورة النساء رقم ٢٤ . والحديث الآتي في سبها رواه ابن جرير بخمسة أسانيد ، وتختلف التون عما هنا اختلافاً يسيراً ، وفيها : فكان ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتأثمون من غشيانهم من أجل أزواجهن ، فنزلت الآية : انظر (مجمع البيان ٤/٨ دار المعارف ، وكذلك انظر مسند الإمام أحمد ٣/٧٢ حلبية . ومخطوطة إرشاد الرحمن للأجهوري في أسباب نزول الآية) .

وروى أبو سعيد : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين بمثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا ، وكان ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهم من المشركين ، فأنزل الله عز وجل في ذلك : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » . قال : « فمن لهم حلال إذا انتقضت عدتهن » . وعنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في سبايا أوطاس : « لا تُوطأ حاملٌ حتى تضع ، ولا غيرُ ذاتِ حملٍ حتى تحيضَ حَيْضَةً » . رواها أبو داود ، وهو حديث صحيح . وهم عبدة أوثان . وهذا ظاهر في إباحتهن ، ولأن الصحابة في عصر النبي صلى الله عليه وسلم كان أكثر سباياهم من كفار العرب ، وهم عبدة أوثان ، فلم يكونوا يرون تحريمهن لذلك ، ولا نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريمهن ، ولا أمر الصحابة باجتنابهن . وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي فقلها إياه ، وأخذ عمر وابنه من سبي هوزان ، وغيرهما من الصحابة ، والحنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة ، وقد أخذ الصحابة سبايا فارس وهم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبواهن ، وهذا ظاهر في إباحتهن ، لولا اتفاق أهل العلم على خلافه ، وقد أجيب عن حديث أبي سعيد بأجوبة . منها : أنه يحتمل أنهم أسلموا ، كذلك روى عن أحمد ، أنه سأله محمد بن الحكم قال : قلت لأبي عبد الله : هوازن ، أليس كانوا عبدة أوثان ؟ قال : لا أدري كانوا أسلموا أم لا ؟ وقال ابن عبد البر : إباحة وطنهن منسوخة بقوله تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ » ^(١) .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٣٥

قال ﴿ وایس للمسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية ﴾

لأن الله تعالى قال : « مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ » هذا ظاهر مذهب أحمد ، رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن ، والزهري ، ومكحول ، ومالك ، والشافعي ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، وإسحاق ، وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، ومجاهد ، وقال أبو ميسرة ، وأبو حنيفة : يجوز للمسلم نكاحها ، لأنها تحل [له] بملك اليمين ، فحلت بالنكاح كالمسلة .

ونقل ذلك عن أحمد ، قال : لا بأس بتزويجها ، إلا أن الخلال رد هذه الرواية وقال : إنما توقف أحمد فيها ^(٢) ، ولم ينفذ له قول . ومذهبه : أنها لا تحل ، لقول الله تعالى : « فَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ » فشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ، ولم يوجد . وتفرق المسئلة ، لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافرة ولدها ، لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكاً لكافر ، ويقر ملكه عليها ، وولدها

(٢) في المخطوطة ١٨ : توقف فيها أحمد .

(١) سورة البقرة . آية ٢٢١ .

مملوك لسيدها ، ولأنه عقد اعتوره نقصان^(١) ، نقص الكفر ، وللك . فإذا اجتمعا منما كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر ، وعدم الكتاب لم يبيح نكاحها . ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها ، اعموم ما ذكرناه من الدليل ، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه ، حرم على العبد كالجوسية .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٣٦

قال ﴿ ولا لحرّ مسلم أن يتزوج أمة مسلمة إلا ألا يجد طولاً لحرّة مسلمة ، ويخاف العنت ﴾ الكلام في هذه المسألة في شيئين :

أحدهما : أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت . وهذا قول عامة العلماء ، لأنهم بينهم اختلافاً فيه ، والأصل فيه : قول الله سبحانه : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً »^(٢) الآية . والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل ، أقول الله تعالى : « وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ » . والثاني : إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحرّ . روى ذلك عن جابر ، وابن عباس ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وعمرو بن دينار ، ومكحول ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وقال مجاهد : مما وسع الله على هذه الأمة نكاح الأمة وإن كان موسراً ، وبه قال أبو حنيفة . إلا أن يكون تحتها حرة ، لأن القدرة على النكاح لا تمنع الفكاح ، كما يمنعه وجود النكاح ، فكفاح الأخت والخامسة . وقال قتادة والثوري : إذا خاف العنت حلّ له نكاح الأمة . وإن وجد الطول ، لأن إباحتها للضرورة خوف العنت^(٣) ، وقد وجدت ، فلا تندفع إلا بنكاح الأمة ، فأشبهه عدم الطول .

والثاني : قول الله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمَا مَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ — إلى قوله — ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ » فشرط في نكاحها : عدم استطاعة الطول ، فلم يجوز مع الاستطاعة كاصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق ، ولأن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الفنى عنه ، فلم يجوز ، كما لو كان تحتها حرة ، وقيامهم ليس بصحيح ، فإن نكاح الخامسة والأخت ، إنما حرم لأجل الجمع^(٤) ، وبالقدرة على الجمع لا بصير جامعاً ، والعلة ههنا : هو الفنى عن إرقاق ولده ، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة .

وأما من يجد الطول ويخاف العنت ، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة ، أو غائبة ، أو مريضة لا يمكن وطؤها ، أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه ، فله نكاح الأمة ، لأنه عاجز عن حرة تمغه ، وإن

(١) في المخطوطة ١٨ : اعتراه نقصان . (٢) سورة النساء آية ٢٥ . (٣) في المخطوطة ٢٠ : لخوف العنت . (٤) في المخطوطة ١٨ : إنما حرم بالجمع .

كانت الحرة في حباله غيره ، فله نكاح أمة . نص عليه أحد في الغائبة ، وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم : لا يجوز لوجدان الطول .

ولنا : أنه غير مستطيع الطول إلى حرة تعفه ، فأشبهه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ؟ فإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها ، فليس بخائف العنت .

(فصل —)

٥٣٣٧

وإن قدر على تزويج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر : أنه يجوز ، لقول الله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات » وهذا غير مستطيع لذلك .

ولنا : قول الله تعالى : « ذلك لمن خشي العنت منكم » وهذا غير خائف له ، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق ، فلم يحز له إرقاقه ، كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

(فصل —)

٥٣٣٨

ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها ، لم يحز له نكاح أمة . لا نعلم في هذا خلافاً [بين أهل العلم] ، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك ، لما ذكرنا من قبل .

(فصل —)

٥٣٣٩

فإن لم يجد طولاً ، لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه ، لأن عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ، ولصاحبه^(١) مطالبة به في الحال . وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بضعها ، لأن لها مطالبة بعوضه . وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه ، أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله ، لما عليه من ضرر المنة ، وله في ذلك كله نكاح الأمة .

وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يحجف به ، لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي : له ذلك ، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل ، فله التيمم . ولنا : قول الله تعالى : « فمن لم يستطع منكم طولاً » وهذا مستطيع ، ولأنه قادر على نكاح حرة^(٢) بما لا يضره ، فلم يحز له إرقاق ولده ، كما لو كان بمهر مثلها . ولا نسلم ما ذكروه في التيمم ، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين . أحدهما : أن التيمم رخصة عامة . وهذا أبيع للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة .

(١) في أصولنا « ولصاحبه » — والسياق يقتضي ما أثبتناه .

(٢) في المخطوطة ١٨ : علي نكاح الحرة .

والثاني : أن التيمم يتكرر ، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضى إلى الإجحاف به ، وهذا لا يتكرر ، فلا ضرر فيه .

(فصل)

٥٣٤٠

وإن كان فى يده مال ، فذكر أنه معسر ، وأن للمال لغيره . فالقول قوله ، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى ، فقبل قوله فيه ، كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما ، لأنه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت ، فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد ، فلا مهر ، وإن كذبه فله نصف المسمى ، لأنه يدعى صحة النكاح والأصل معه . وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، إلا أن يكون مهر المثل أكثر ، فعلى قول من أوجب مهر المثل فى النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لإقراره به ، فإن كان المسمى أكثر وجب ، والسيد ألا بصدقه فيما قال ، فيكون له من المهر ما يجب فى النكاح الفاسد ، وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٤١

قال : ﴿ ومتى عقد عليها وفيه الشرطان : عدم الطول ، وخوف العنت ، ثم أيسر لم ينفسخ النكاح ﴾ هذا ظاهر المذهب ، وهو مذهب الشافعى ، وفى المذهب وجه آخر : أنه يفسد النكاح ، وهو قول المزنى^(١) لأنه إنما أبيح للحاجة ، فإذا زالت الحاجة لم يحز له استداعته ، كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة . فإذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا : أن فقد الطول أحد شرطى إباحة نكاح الأمة ، فلم تعتبر استداعته كخوف العنت . ويفارق أكل الميتة ، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل ، وهذا لا يبتدىء النكاح ، إنما يستديمه ، والاستدامة للنكاح تحالف ابتداءه ، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استداعته .

(فصل)

٥٣٤٢

وإن تزوج على الأمة حرة صح ، وفى بطلان نكاح الأمة روايتان : إحداهما : لا يبطل ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وروى معنى ذلك عن على رضى الله عنه .

والرواية الثانية : ينفسخ نكاح الأمة ، وهو قول ابن عباس ، ومسروق ، وإسحاق ، والمزنى . ووجه الروايتين ما تقدم فى المسألة .

(١) فى الخطوطة ١٨ : وبه قال للمزنى .

وقال النخعي : إن كان له من الأمة ولد لم يفارقها ، وإلا فارقها ، ولا يصح ، لأن ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ، ولأن ولده منها مملوك لسيدها ، ونفقت عليه . وقد استدل على بقاء النكاح بما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة ، فإنه لو بطل نكاح الحرة لبطل بالقدرة عليه ، فإن القدرة على التبديل كاستعماله بدليل الماء مع التراب .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٤٣

قال : ﴿ وله أن ينكح من الإماء أربعاً إذا كان الشرطان فيه قائمين ﴾
اختلفت الرواية عن أحمد في إباحة أكثر من أمة إذا لم تعفه .
فعنه أنه قال : إذا خشي العنت تزوج أربعاً ، إذا لم يصبر كيف يصنع ؟ وهذا قول الزهري ، والحارثي المكي ، ومالك ، وأصحاب الرأي .

والرواية الثانية : قال أحمد : لا يجزئ أن يتزوج إلا أمة واحدة ، يذهب إلى حديث^(١) ابن عباس ، وهو ما روى عن ابن عباس : أن الحر لا يتزوج من الإماء إلا واحدة ، وقرأ : « ذلك لمن خشي العنت منكم » وبه قال فقادة ، والشافعي ، وابن المنذر . لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت .
ووجه الأولى قوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولاً » الآية . وهذا داخل في عمومها ، ولأنه عادم للطول ، خائف للعنت ، فجاز له نكاح أمة كالأولى ، وقولهم : لا يخشى العنت ، قلنا : الكلام فيمن يخشاه ، ولا يبيحه إلا له . وقول ابن عباس يُحمّل على من لم يخش العنت ، فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد .

وإن تزوج حرة فلم تعفه^(٢) . فذكر فيها أبو الخطاب روايتين ، مثل نكاح الأمة في حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرنا . وإن كانت الحرة تعفه ، فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة ، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى . فإن نكحها فنكاحها باطل ، لأنه يبطل في إحداها وليست إحداها بأولى من الأخرى . فبطل كما لو جمع بين أختين .

(فصل)

٥٣٤٤

وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان ، لأنه مساو لها ، فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر

(١) في المخطوطة ١٨ دها بآ إلى حديث ابن عباس

(٢) أى : لم تشبع رغبته ، أو كان بها عيب منفر .

مع الحرية ، واه نكاح أمتين معاً ، وواحدة بعد واحدة ، لأن خشية العنت غير مشروطة فيه ، وإن تزوج حرة وقلنا : ليست الحرية شرطاً في نكاح الحرة ، فهل ينكح أمة ؟ فيه روايتان : إحداهما : له ذلك ، وهو قول مالك والشافعى ، لأنها مساوية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرية ، كالحر مع الحرة ، ولأنه لو اشترط عدم الحرية لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحرة . والثانية ، لا يجوز ، وهو قول الشافعى ، وأصحاب الرأى ، لأنه يروى عن سميد بن المسيب ، أنه قال : تنكح الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة ، ولأنه مالك لبضع حرة ، فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر ، وإن عقد النكاح عليهما جميعاً صح فيهما ، لأن كل واحدة يجوز إفرادها بالعقد ، لحاز بالجمع بينهما كالأمتين .

(فصل)

٥٣٤٥

وإذا زنت المرأة لم يحل لمن يعلم ذلك نكاحها إلا بشرطين . أحدهما : انقضاء عدتها ، فإن حملت من الزنا فقضاه عدتها بوضعه ، ولا يحل نكاحها قبل وضعه ، وبهذا قال مالك ، وأبو يوسف ، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قال : يحل نكاحها ويصح ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وطء لا يلحق به النسب^(١) فلم يحرم النكاح كالو لم تحمل . ولنا ، قول النبي صلى الله عليه وسلم : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماؤه زرعٍ غيره^(٢) » . بمعنى وطء الحوامل ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تؤوطاً حاملاً حتى تضع^(٣) » صحيح ، وهو عام ، وروى عن سميد بن المسيب : « أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها . وجدها حبلى ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ففرق بينهما ، وجعل لها الصداق وجدها مائة . رواه سميد . ورأى النبي صلى الله عليه وسلم امرأة ميجاً^(٤) على باب فسطاط ، فقال : « لعله يريد أن يلعب بها ؟ قالوا نعم . قال : لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره . كيف يستخدمه وهو لا يحل له^(٥) ؟ أم كيف بورثه وهو لا يحل له ؟ » أخرجه مسلم ، ولأنها حامل من غيره ، فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل .

(١) في للخطوطة ١٨ : لا يلحق به نسب . (٢) أخرجه أبو داود عن دؤيب بن ثابت (ف)

(٣) أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم عن أبي سعيد (ف)

(٤) مسلم عن محمد بن المنثري ، من حديث أبي الدرداء . وفيه : أنه أتى بامرأة مج . وكلمة (أم) ليست فيه ،

وقدم « كيف بورثه ، .. » على « كيف يستخدمه .. » انظر الصحيح ٢ / ١٠٦٦ (المحج : قرية الولادة . (ف)

(٥) المقصود : أنها قد تأخر في الولادة لمدة يحتمل كون الولد منهما . فعلى أنه من الأول لو استلحقه السابى

لورثه ، مع أنه ليس منه . وعلى أنه من السابى كيف يتملكه ويستخدمه استخدام العبيد مع أنه منه . فيجب الامتناع

عن وطنها خوفاً من هذا المحذور (ف) .

وإذا ثبت هذا لزمتها العدة، وحرم عليها النكاح فيها، لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا، فيكون نكاحها باطلا، فلم يصح كالموطوءة بشبهة، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا عدة عليها، لأنه وطء لا يصير به المرأة فراشا، فأشبهه وطء الصغير.

ولنا: ما ذكرناه، لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل، فغيرها أولى، لأن وطء الحامل لا يفضى إلى اشتباه النسب، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول، ويحتمل أن يكون من الثاني، فيفضى إلى اشتباه الأنساب، فكان بالتحريم أولى، ولأنه وطء في القبل، فأوجب العدة كوطء الشبهة، ولا تسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء.

والشرط الثاني^(١): أن تتوب من الزنا. قاله قتادة، وإسحاق، وأبو عبيد، وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا يشترط ذلك، لما روى أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا، وحرص أن يجمع بينهما، فأبى الرجل. وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال: «يجوز، أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز؟».

ولنا: قول الله تعالى: «الزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ» — إلى قوله — وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ وهي قبل التوبة في حكم الزنا، فإذا تابت زال ذلك، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الثائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقوله: «التوبة تحو الحوبة» وروى: أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها: عنقا، فدعته إلى نفسها فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أنسكح عنقا؟ فلم يجبه، فأنزل الله تعالى: «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ» فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتل عليه الآية، وقال: لا تنكحها^(٢) ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره، وتفسد فراشه، فأما حديث عمر فالظاهر أنه استتابها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان، ولا تعرض له لحل النزاع.

(١) أى من شروط إباحتها نكاح المرأة التي علم منها الزنا. (٢) أخرجه ابن ماجه عن ابن مسعود (ف). (٣) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي والحاكم من حديث عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن أبيه عن جده عبد الله (ف) — وأخرجه الطبري بتمامه بسنده إلى عمرو بن شعيب أيضاً. ومرثد هذا كان يقال له «دليل». وكان يفد إلى مكة ليحمل ضعاف المسلمين. وروى الطبري أن الآية نزلت في رجل استأذن النبي صلى الله عليه وسلم في امرأة يقال لها: أم مهزول كانت تسافح. وروى أنها نزلت في نساء بغايا في الجاهلية كان على أبوابهن رايات مثل البيطار يعرفن بها. انظر (مجمع البيان ١٨/٧١، ٧٢) وفي رواية النسائي أن عنقا نادت: يا أهل الحيام، هذا الذي يحمل أسراكم من مكة إلى المدينة. قال: فسلكت الخدمة فطالعت ثمانية حتى قاموا على رأسى فبالوا، فتطايروا بهم على أعماهم الله عنى. انظر (السنن ٢/٧١، ٧٢ ميمية).

إذا ثبت هذا ، فإن عدة الزانية كعدة المطلقة ، لأنه استبراء لحرة ، فأشبهه عدة الموطوءة بشبهة وحكى ابن أبي موسى أنها تُستبرأ بحيضة ، لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح ، فأشبهه استبراء أم الولد إذا عتقت .

وأما التوبة فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب ، كالتوبة من سائر الذنوب . وروى عن ابن عمر أنه قيل له : كيف تعرف توبتها ؟ قال : يريد بها على ذلك ، فإن طأوعته فلم تقب ، وإن أبت فقد تابت ، فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعاً له ، والصحيح الأول ، فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ، ويطلبه منها ، ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة ، ولا تحل الخلوة بأجنبية ، ولو كان في تعليمها القرآن ، فكيف تحل في مراودتها على الزنا ؟ ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية ، فلا يحل التعرض لمثل هذا ، ولأن التوبة من سائر الذنوب ، وفي حق سائر الناس ، وبالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه ، فكذلك يكون هذا .

٥٣٤٦

(فصل)

وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو بكر ، وعمر ، وابنه ، وابن عباس ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن مسعود ، والبراء بن عازب ، وعائشة : أنها لا تحل للزاني بحال ، قالوا : لا يزالان زانيين ما اجتماعهما ، لعموم الآية والخبر ، ويحتمل أنهم أرادوا بذلك : ما كان قبل التوبة ، أو قبل استبرائها ، فيكون كقولنا . فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح ، لقول الله تعالى : (وَأَحِلَّ لَكُمْ ما وراء ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ)^(١) . ولأنها محلة لغير الزاني فعلت له كغيرها .

٥٣٤٧

(فصل)

وإن زنت امرأة رجل ، أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم ، وبذلك قال مجاهد ، وعطاء ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وعن جابر بن عبد الله : أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما ، وليس لها شيء . وكذلك روى عن الحسن ، وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها ، واحتج لهم بأنه لو قذفها ولا عنها بانث منه لتحقيقه الزنا عليها ، فدل على أن الزنا بينهما .

ولنا : أن دعواه الزنا عليها لا تبينها ، ولو كان النكاح يفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام ، فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فإنه يقتضي الفسخ بدون الزنا ، بدليل أنها إذا لاعنته

فقد قابلته ، فلم يثبت زناها ، ولذلك أوجب النبي صلى الله عليه وسلم الحد على من قذفها ، والفسخ واقع
واسكن أحمد استحباب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت ، وقال : لا أرى أن يمسك مثل هذه ، وذلك أنه
لا يؤمن أن تفسد فراشه ، وتلحق به ولداً ليس منه . قال ابن المنذر : لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها
على غير وجه التحريم ، فيكون مثل قول أحمد هذا . قال أحمد : ولا يطؤها حتى يستبرأ بثلاث حيض .
وذلك لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم حنين : « لا يحل لامرأة
بؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره » ، يعني إتيان الحبالى ، ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب
إليه ، والأولى أنه يكتفى استبرأؤها بالحيضة الواحدة^(١) ، لأنها تكفى في استبراء الإمام . وفي أم الولد
إذا عتقت بموت سيدها ، أو باعتاق سيدها ، فيكفى ههنا . والمنصوص ههنا بمجرد الاستبراء ، وقد حصل
بحيضة فيكتفى بها .

(فصل)

٥٣٤٨

وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحمد : لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه ، قال ابن
مسعود : أكره أن أطأ أمي وقد بغت . وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أنه كان
ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره ، قال ابن عبد البر : هذا يجمع على تحريره . وكان ابن
عباس يرخص في وطء الأمة الفاجرة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، ولعل من كره ذلك كرهه قبل
الاستبراء ، أو إذا لم يحصنها ، أو يمنعها من الفجور ، ومن أباحه بعدها ، فيكون القولان متفقين والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٤٩

قال ﴿ ومن خطب امرأة فلم تسكن إليه فلم يهره خطبتها ﴾ .
الخطبة — بالكسر — خطبة الرجل المرأة لينكحها ، والخطبة — بالضم — هي حمد الله [تعالى]
والشهادة ، ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه ، أو تأذن لوليها في إجابته أو تزويجه ، فهذه يحرم على غير
خاطبها خطبتها ، لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه »^(٢) .
وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك »^(٣)
متفق عليهما ، ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاعاً للمداوة بين الناس ، ولذلك نهى النبي صلى

(١) في المخطوطة ١٨ : بحيضة واحدة .

(٢) وانظر كذلك (سنن ابن ماجه ١٠٠/١ ح) من حديث أبي هريرة ، ثم من حديث ابن عمر .

وانظر (سنن النسائي ٧٤/٢) من طريق هارون بن عبد الله والحارث بن مسكين .

(٣) وانظر (سنن النسائي ٧٤/٢) من حديث أبي هريرة .

الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ، ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا الدهى على الكراهة والظاهر أولى .

القسم الثانى : أن ترده أو لا تتركه إليه ، فهذه تجوز خطبتها . لما روت فاطمة بنت قيس : « أنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما معاوية فصعلوك لا مال له ، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحى أسامة بن زيد » متفق عليه بخطبها النبي صلى الله عليه وسلم بعد إخبارها بإياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها ، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه لإضرار بها ، فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا بمنعها بخطبته إياها ، وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال : لا تفوتينى بنفسك ، وأشباه هذا ، لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها : « لا تفوتينا بنفسك » . ولم ينكر خطبة أبى جهم ومعاوية لها .

وذكر ابن عبد البر : أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبى ديان . أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله ، وعلى مروان بن الحكم ، وعلى عبد الله بن عمر ، فدخل على المرأة وهى (جالسة)^(١) فى بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قریش ، وعبد الله بن عمرو وهو من قد علمتم ، وعمر بن الخطاب . فكشفت المرأة الست فقالت : أجاد أمير المؤمنين ؟ فقال : نعم : فقالت : فقد أنكحت أمير المؤمنين فأنكحوه . فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة فى الأول .

القسم الثالث : أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والركون تعريضا لا تصريحاً ، كقولها : ما أنت إلا رضى ، وما عنك رغبة . فهذه فى حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها ، وهذا ظاهر كلام الخرق ، وظاهر كلام أحمد ، فإنه قال : إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب ، والركون يستدل عليه بالتعريض تارة ، وبالتصريح أخرى . وقال القاضى : ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها ، وهو مذهب الشافعى ، فى الجديد ، لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم ، وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضى بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أولا ؟

ولنا : عموم قوله عليه السلام : « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ، ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به ، وسكونها إليه ، فخرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك . وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه ، فإن فيه ما يدل على أنها لم تتركه إلى واحد منهما من وجهين .

أحدهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها : « لا تسبقينى بنفسك » وفى لفظ لا تفوتينى

بنفسك - وفي رواية - إذا حلت^(١) فأذني^(٢) . فلم تكن لفترات بالإجابة قبل أن تؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

والثاني : أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشارة له فيهما ، أو في العدول عنهما إلى غيرهما ، وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما . على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه ، وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما ، فجرى ذلك مجرى ردها لهما ، وتعريضهما بمنعهما . ومن وجه آخر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقهما بخطبتهما تعريضاً ، بقوله لهما ما ذكرنا ، فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه .

(فصل)

٥٣٥٠

والتعويل في الرد والإجابة على الولي إن كانت مجبرة ، وعليها إن لم تكن مجبرة ، لأنها أحق بنفسها من وليها . ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أسرها ، وإن أجاب وليها فرضيت فهو كإيجابتها ، وإن سخطت فلا حكم لإيجابته ، لأن الحق لها ، ولو أجابت الولي في حق المجبرة فسكرتها الحجاب ، واختارت غيره سقط حكم لإيجابته ، لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواء فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضاً ، لأنه قد أمر باستئثارها ، فلا ينبغي له أن يكرهها على مالا ترضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة ، لأن لها الرجوع ، وكذلك إذا رجع الولي المجبر عن الإجابة زال حكمها ، لأن له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد . وإن لم ترجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتهما ، لما روى في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك » . رواه البخاري .

(١) حديث فاطمة بنت قيس رواه مسلم عن يحيى بن يحيى عن حديث فاطمة بنت قيس : أن أبا عمر بن حفص طلقها ألبنة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه نفقة . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأ يغشاها أصحابي ، اعتدى عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضمن ثيابك . فإذا حلت فأذني . قالت : فلما حلت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأباجهم خطباني . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصالح لا مال له . انكح أسامة بن زيد . فكرهته ، ثم قال : انكح أسامة . ففكحته فجعل الله فيه خيراً ، واغتبطت » (الصحيح ١١١٤/٢ حلي) .

(٢) رواية « لا تسبقني بنفسك » رواها مسلم عن محمد بن نافع . ورواية « لا تقوتينا بنفسك » رواها مسلم عن أبي بكر ابن أبي شيبة عن فاطمة بنت قيس (صحيح مسلم ج ٢ . ص ١١١٤ - ١١١٦) (ف) .
(م ١٩ - المغني - سابق)

٥٣٥١

(فصل)

وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال ، وقال أبو جعفر المَكْبَرِي : هي مكروهة غير محرمة ، وهذا نهى تأديب^(١) لا تحريم . ولنا ظاهر النهي ، فإن مقتضاه التحريم ، ولأنه نهى عن الإضرار بالأدنى المعصوم ، فكان على التحريم ، كأنه من أكل ماله وسفك دمه ، فإن فعل فتكاحه صحيح ، نص عليه أحمد ، فقال : لا يفرق بينهما ، وهو مذهب الشافعي ، وروى عن مالك ، وداود : أنه لا يصح ، وهو قياس قول أبي بكر ، لأنه قال في البيع على بيع أخيه : هو باطل ، وهذا في معناه ووجهه أنه (نكاح)^(٢) منهي عنه ، فكان باطلا كفتكاح الشغار ولنا : أن المحرم لم يفارق العقد ، فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة .

٥٣٥٢

(فصل)

ولا يكره للولى الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك ، لأن الحق لها ، وهو نائب عنها . في النظر ، لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه ، كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها ، ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب ، لأنه عقد عمرى^(٣) يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها ، والنظر في حفظها ، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره ، لما فيه من إخلال الوعد والرجوع عن القول ، ولم يحرم ، لأن الحق بعد لم يلزمهما ، كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعهما .

٥٣٥٣

(فصل)

فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته ، نص عليه أحمد فقال : لا يخطب على خطبة أخيه ، ولا يساوم على سوم أخيه ، إنما هو للمسلمين . ولو خطب على خطبة يهودى أو نصرانى ، أو استام على سومهم لم يكن داخلاً في ذلك ، لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين . وقال ابن عبد البر : لا يجوز أيضاً ، لأن هذا خرج مخرج الغالب ، لا لتخصيص المسلم به .

ولنا : أن لفظ النهي خاص في المسلمين^(٤) وإلحاق غيره به إجماعاً يصح إذا كان مثله ، وليس الذي كالإسلام ، ولا حرمة كعمرته ، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله : خرج مخرج الغالب ، قلنا : متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ، ولا تمديده بالحكم بدونه . وللأخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام ، وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه ، وحفظ قلبه ، واستبقاء مودته ، فلا يجوز خلاف ذلك . والله أعلم .

(١) في المخطوطة ٢٠ وهو نهى للتأديب .

(٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠ .

(٣) في المخطوطة ١٨ : عقد على التأيد .

(٤) في المخطوطة ٢٠ : خاص بالمسلمين .

٥٣٥٤

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول : إني في مثلك لراغب ، وإن مضى شيء كان ، وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس إذا لم يصريح ﴾
وجملة ذلك : أن المعتدات على ثلاثة أضرب : ^(١) معتدة من وفاة ، أو طلاق ثلاث ، أو فسخ انحريمها على زوجها ، كالفسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا تحل بعده لزوجها ، فهذه يجوز التعريض بخطبتها في عدتها لقول الله تعالى ^(٢) : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطَابَةِ النِّسَاءِ » ولما روت فاطمة بنت قيس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً : « إِذَا حَلَّتْ فَاذْنِبِي — وفي لفظ — لانسبقيني بنفسك — وفي لفظ — لاتنوتينا بنفسك » : وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ، ولا يجوز التصريح ، لأن الله تعالى لما خص التعريض بالإباحة دل على تحريم التصريح ، ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح ، فلا يؤمن أن يحملها الحرص عليه على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها ، والتعريض بخلافه .
القسم الثاني : الرجعية . فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح ، لأنها في حكم الزوجات ، فهي كالتى في صلب نكاحه .

القسم الثالث : بأن يحل لزوجها نكاحها كالختماء ، والبائن بفسخ لغيره أو إفسار ونحوه ، فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض ، لأنها مباحة له نكاحها في عدتها ، فهي كغير المعتدة ، وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها ؟ فيه وجهان ، وللشافعي فيه أيضاً قولان .

أحدهما : يجوز لموم الآية ، ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً .

والثاني : لا يجوز ، لأن الزوج يملك أن يستبجها ، فهي كالرجعية ، والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة ، فيما يحل ويحرم ، لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمة . إذا ثبت هذا فالتعريض أن يقول : إني في مثلك لراغب ، ورب راغب فيك .

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول : إنك على لسكريمة ، وإني فيك لراغب ، وإن الله لسائق إليك خيراً أو رزقاً ، وقال الزهرى : أنت جميله ، وأنت مرغوب فيك ، وإن قال : لانسبقينا بنفسك ، أو لاتنوتينا بنفسك ، أو إذا حلت فاذنبي ، ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد : مات رجل وكانت امرأته تقيم الجنابة ، فقال رجل : لانسبقينا بنفسك ، فقالت : سبقك غيرك . وتجيبه المرأة : إن قضى شيء كان ، وما نرغب عنك ، وما أشبهه .

والتصريح هو : اللفظ الذى لا يَحْتَمِلُ غير النكاح . نحو أن يقول : زوجينى نفسك ، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك ، ويَحْتَمِلُ أن هذا معنى قوله تعالى : « لَا تَوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا » ^(١) فإن النكاح يسمى سرًّا . قال الشاعر :

فَلَنْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلتَّيِّ وَلَنْ تُسَلِّمُوهَا لِأَزْهَادِهَا

وقال الشافعى : السر : الجماع ، وأنشد لامرئ القيس

أَلَا زَعَمْتَ بِسِيَاسَةِ الْقَوْمِ أَنِّى كَبُرْتُ وَأَلَا يَحْسَنُ السَّرُّ أَمْثَالِى

ومؤاعدة السر أن يقول : عندي جماعٌ يرضيك ونحوه ، وكذلك إن قال : رب جماع يرضيك ، فهى عنه لما فيه من المُجَرِّ والفُحْش والدناءة والسُخْف .

(فصل)

٥٣٥٥

فإن صرح بالخطبة أو عرّض فى موضع يحرم [فيه] التعريض ، ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه . وقال مالك : يطلقها تطليقة ، ثم يتزوجها ، وهذا غير صحيح ، لأن هذا المحرم لم يقارن العقد ، فلم يؤثر فيه كما فى النكاح الثانى ، أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها .

(فصل)

٥٣٥٦

ويحرم على العبد نكاح سيده . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبى الزبير قال : سألت جابرًا عن العبد يفتك سيده فقال : جاءت امرأة إلى عمر ابن الخطاب ونحن بالجابية ، وقد نكحت عبدها ، فأنهرها عمر ، وهم أن يرجعها ، وقال : لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان ، فإن كل واحد منهما يقتضى أن يكون الآخر بحكمه ، يسافر بسفره ويقيم بإقامته ، وينفق عليه فينفان .

(فصل)

٥٣٥٧

وليس للسيد أن يتزوج أمته . لأن ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع ، فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ، ولو ملك زوجته وهى أمة انسخ نكاحها ، وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انسخ نكاحها ، ولا نعلم فى هذا خلافاً ، ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ، ولا يتزوج مكاتبته ، لأنها مملوكته .

(فصل)

٥٣٥٨

ولا يجوز للحر أن يتزوج أمة ابنه ، لأن له فيها شبهة ، وهذا قول أهل الحجاز ، وقال أهل العراق : له ذلك ، لأنها ليست مملوكة له ، ولا تعتق بإعتاقه لها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك »^(١) ، ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها ، فما هي مضافة إليه بجمعتها شرعاً أولى بالتحريم ، وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيدته مع ما ذكرنا من الخلاف . ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنته ، لأن الرق يقطع ولايته عن ابنته^(٢) وماله ، ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ، ولا يرث أحدهما صاحبه ، فهو كالأجنبي منه .

(فصل)

٥٣٥٩

والأبن نكاح أمة أبيه ، لأنه لا ملك له فيها ، ولا شبهة ملك ، فأشبهه الأجنبي ، وكذلك سائر القربات ، ويجوز له أن يزوج الرجل ابنته المملوكة ، إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح ، وكذلك إن ملكه أو جزءاً منه بغير الإرث ، لا نعلم فيه خلافاً ، إلا أن الحسن قال : إذا اشترى امرأته لامتق فأعتقها حين ملكها فهمما على نكاحهما ، ولا يصح لأنهما متنافيان ، فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً ، فبمجرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها . وحكم المكاتب يتزوج بنت سيده^(٣) أو سيدته حكم العبد ، في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي : النكاح بحاله ، لأنها لا تملكه ، إنما لها عليه دين ، وليس بصحيح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المكاتب عبد ما بقي عليه دينه » . ولأنه لو زال الملك عنه^(٤) لمعاد بهجزه كما لو أعتق .

(فصل)

٥٣٦٠

وإذا ملكت المرأة زوجها أو بمضه فأنفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق ، فتق أعتقته ثم تزوجها لم تحسب عليه بتطليقة . وبهذا قال الحكم ، وحامد ، ومالك ، والشافعي ، وابن المذنب ، وإسحاق وقال الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والأوزاعي : هي تطليقة ، وليس بصحيح ، لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية ، وإنما انفسخ النكاح بوجود ما ينافيه ، فأشبهه انفساخه بإسلام أحدهما أو رده ، ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها ، وحرم وطؤها في قول عامة المفتين^(٥) ، حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمين وروى عن قتادة أنه قال : لم يزد ملكه فيها إلا قرباً ، وليس بصحيح ، لأن النكاح لا يبقى في بعضها ، وملكه لم يتم عليها ، ولا يثبت الحل فيما لا يملكه ولا نكاح فيه .

(١) أخرجه ابن ماجه عن جابر (ف).

(٢) في جميع الأصول (أبيه) . وفي الشرح الكبير (ابنته) بـ ٧ ص ٥٢٠ وهو الصحيح (ف) .

(٣) في المخطوطة ١٨ : إذا تزوج بنت سيده . (٤) في المخطوطة ٢٠ : لو زال عنه الملك .

(٥) في المخطوطة ٢٠ : في قول عامة أهل الفتوى .

٥٣٦١

(فصل)

ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه، لأن الله تعالى قال : « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم »^(١) وليست هذه زوجة له ولا مملوكته ، ولأنه يحل لابنه وطؤها ، ولا تحل المرأة لرجلين ، فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحد ، وقال داود : يحسد . وقال بعض الشافعية : إن كان ابنه وطئها حداً ، لأنها محرمة عليه على التأييد .

ولنا : أن له فيها شبهة ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » والحد يُدْرَأُ بالشبهات ، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه ، والقصاص حق آدمي ، فإذا سقط بشبهه الملاك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ، ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ، ولا يحسد بقذفه فكذلك لا يحسد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأييد ، وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأييد ، وإذا لم تعلق^(٢) من الأب لم يزل ملك الابن عنها ، ولم تلزمه قيمتها . وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها ، لأنه أنلفها عليه ، وحرمة وطئها فأشبهه ما لو قتلها^(٣) .

ولنا : أنه لم يخرجها عن ملكه ، ولم تنقص قيمتها ، فأشبهه ما لو أرضعها امرأته ، فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها . وإن علفت منه فالولد حر يلحق به النسب ، لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة ، فأشبهه ولد الجارية المشتركة ، وتصير الجارية أم ولد للأب . وقال الشافعي في أحد قوايه : لا نصير أم ولد [الأب] لأنها غير مملوكة له ، فأشبهه ما لو وطئ جارية أجنبي بشبهة .

ولنا : أنها علفت منه بحرراً لأجل الملك ، فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا : ولا يلزم الأب قيمة الجارية ، ولا قيمة ولدها ، ولا مهرها . وقال الشافعي : يلزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد ، وهذا يبنى على أصل وهو : أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ، ولا قيمة متلف ، وعندهم بخلاف ذلك ، وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى .

٥٣٦٢

(فصل)

وإن وطئ الابن جارية أبيه عالماً بتحريم ذلك^(٤) فعليه الحد ، ولا يلحقه النسب ، ولا تصير به الجارية أم ولد ، لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك ، فأشبهه وطء الأجنبية ، وكذلك سائر الأقارب .

٥٣٦٣

(فصل)

وإن وطئ الأب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأنت بولد أرى الغافاة ، فألحق بمن ألحقته به

(٢) أى : تحمل .

(١) سورة المؤمنين آية ٦

(٣) في المطبوعة : قبلها . خطأ . (٤) في المخطوطة ١٨ وهو عالم بتحريم ذلك .

منهما ، وصارت أم ولد له كالأولاد ، وإن ألحقته بهما لحق بهما ، وإن أولدها أحدهما بعد الآخر فهي أم ولد الأول منهما خاصة ، لأنها بولادتها منه صارت له أم ولد لا نفراده بإبلادها ، فلا تنقل بعد ذلك إلى غيره ، لأن أم الولد لا ينقل الملك فيها إلى غير مالئها .

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنة : فإن كان الأب قابضاً لها ، ولم يكن الابن وطئها ، فأحبها الأب ، فالولد ولده ، والجارية له ، وليس للابن فيها شيء . قال القاضي : ظاهر هذا أن الابن إن كان وطئها لم تعسر أم ولد الأب ، لأنه يحرم عليه وطؤها وأخذها ، فتكون قد علفت بملوك وإن كان الأب قبضها ، ولم يكن الابن وطئها مَلَكَها ، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ، ولم تملق به حاجته فيتملكه .

(باب نكاح أهل الشرك)

أنكحة الكفار صحيحة ، يُقَرُّون عليها إذا أسلموا ، أو تحاكموا إلينا ، إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ، ولا ينظر صفة عقدهم وكيفية ، ولا يمتنع له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول ، وأشبه ذلك بلا خلاف بين المسلمين .

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لها المقام على نكاحهما ، ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع ، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأسلم نساؤهم وأقروا على أنكحتهم ، ولم يسألهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شروط النكاح ولا كيفية ، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة ، فكان يميننا ، ولكن ينظر في الحال ، فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له [فيها] ابتداء نكاحها أقر ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب ، أو المعتدة والمرتدة والرثية والمجوسية والمطلقة ثلاثاً لم يقر ، وإن تزوجها في العدة وأسلمها بعد انقضاءها أقر ، لأنها يجوز ابتداء نكاحها .

(مسألة)

٥٣٦٤

قال أبو القاسم رحمه الله تعالى : (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهنَّ بنَّ منه ، وكان لكل واحدة نصف ما سعى لها إن كان حلالاً ، أو نصف صداق مثلها إن كان ما سعى لها حراماً ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بنَّ منه أيضاً ، ولا شيء عليه لواحدة منهن ، فإن كان إسلامه وإسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فإن كان دخل بهن ثم أسلم ، فن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختلف الدينان)

في هذه المسألة فصول خمسة :

(أحدها)

٥٣٦٥

أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين ، أو كتابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تمجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه ، ويكون ذلك فسخا لاطلاقا ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تتمجل الفرقة ، بل إن كانا في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر . فإن أبي وقعت الفرقة حينئذ . وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انتضاء عدتها ، فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقة . فإن كان الإباء من الزوج كان طلاقا ، لأن الفرقة حصلت من قبله ، فكان طلاقا كما لو لفظ به . وإن كان من المرأة كان فسخا ، لأن المرأة لا تملك الطلاق . وقال مالك : إن كانت هي المسلمة عرض عليه الإسلام ، فإن أسلم وإلا وقعت الفرقة . وإن كان هو المسلم تمجلت الفرقة ، لقوله سبحانه : « وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ »^(١) .

ولنا : أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح ، فإذا وجد قبل الدخول تمجلت الفرقة كالردة على ملك ، كإسلام الزوج ، أو كما لو أبي الآخر الإسلام ، ولأنه إن كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة ، لقوله تعالى : « وَلَا تَمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ » وإن كانت هي المسلمة فلا يجوز إبقاؤها على نكاح مشرك . ولنا على أنها فرقة فسخ : أنها فرقة باختلاف الدين ، فكان فسخا ، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة ، ولأنها فرقة بغير لفظ ، فكانت فسخا كفرقة الرضاع .

(الفصل الثاني)

٥٣٦٦

أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج فالمرأة نصف المسمى إن كانت النسبية صحيحة ، أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة ، مثل أن يصدقها خرا أو خنزيرا ، لأن الفرقة حصلت بفعله . وإن كانت بإسلام المرأة فلا شيء لها ، لأن الفرقة من جهتها . وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والزهري ، والأوزاعي ، وابن شبرمة ، والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى : أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة ، واختارها أبو بكر . وبه قال قتادة ، والثوري ، ويقضيه قول أبي حنيفة . لأن الفرقة حصلت من قبيله بإبائه الإسلام وامتناعه منه ، وهي فعلت ما فرض الله عليها ، فكان لها نصف ما فرض الله لها ، كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت .

ونقل عن أحمد في مجوسى أسلم قبل أن يدخل بامرأته : لا شيء لها من الصداق . ووجهه ما ذكرناه . ووجه الأول : أن الفرقة حصلت باختلاف الدين ، واختلاف الدين حصل بإسلامها ، فكانت الفرقة حاصلة بفعلها ، فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ، ويفارق تعليق الطلاق ، فإنه من جهة الزوج ، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر .

٥٣٦٧

(الفصل الثالث)

أن الزوجين إذا أسلما معاً فهما على النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله . ذكر ابن عبد البر : أنه إجماع من أهل العلم ، وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف دين . وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم جاءت امرأته مسلمة بعده ، فقال : يا رسول الله إنها كانت أسلمت معي ، فردها عليه^(١) . ويعتبر تلفظهما بالإسلام دفعة واحدة ، لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ، ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه ، فإن حكم المجلس كله حكم حالة العقد ، ولأنه يبعد إتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة ، فلو اعتبر ذلك لوقت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في الشاذ النادر فيبطل الإجماع .

٥٣٦٨

(الفصل الرابع)

أنه إذا كان إسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن أحمد روايتان

أحدهما : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم الآخر قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلاف الدينان ، فلا يحتاج إلى استئناف العدة ، وهذا قول الزهري ، والليث ، والحسن بن صالح ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، ونحوه عن مجاهد ، وعبد الله بن عمر ، ومحمد بن الحسن .

والرواية الثانية ، تتمتع الفرقة ، وهو اختيار الخلال ، وصاحبه ، وقول الحسن ، وطاوس ، وعكرمة وقتادة ، والحكم ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، ونصره ابن المنذر ، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول ، إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فأنقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك : إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا وقعت الفرقة ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة ، واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه : « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » . ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع .

ولنا : ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال : كان بين إسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر ، أسلمت يوم الفتح ، وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ، ثم أسلم

(١) ورواه أترمذى . أنظر [الصحيح بشرح ابن العربي ٥/٨٣] وقال : هذا حديث صحيح .

فلم يفرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح^(١) . قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده ، وقال ابن شهاب : أسلمت أم حكيم يوم الفتح ، وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن ، فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن ، فدعته إلى الإسلام فأسلم^(٢) ، وقدم فبايع النبي صلى الله عليه وسلم ، فثبتا على نكاحهما .

وقال ابن شبرمة : كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة ، والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم ، قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ، ولأن أبوسفیان خرج فأسلم عام الفتح ، قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ، ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي صلى الله عليه وسلم مكة فثبتا على النكاح . وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته ، وخرج أبوسفیان بن الحارث ، وعبد الله ابن أمية ، فلحقيا النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح بالأبواء فأسلما قبل نكاحهما ، ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ، ويبعد أن يتفق إسلامها دفعة واحدة .

ويفارق ما قبل الدخول ، فإنه لا عدة لها فتمتجل البيونة كالملقة واحدة ، وههنا لها عدة . فإذا انقضت تبين وقوع الفرقة من حين أسلم الأول ، فلا يحتاج إلى عدة ثانية ، لأن اختلاف الدين سبب الفرقة ، فتجرب الفرقة منه كالطلاق .

(الفصل الخامس)

٥٣٦٩

أنه إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء . قال ابن عبد البر : لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روى عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء ، فلم يتبعه عليه أحد ، زعم : أنها ترد إلى زوجها وإن طالت المدة ، لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الأول » ، رواه أبو داود^(٣) ، واحتج

(١) الحديث في [الموطأ ١/٥٤٤ حلي بتحقيق للرحوم فؤاد عبد الباقي] . وفيه : أن صفوان هرب ، فأرسل إليه النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله صلى الله عليه وسلم أمانا لصفوان . وساق الحديث .

(٢) الحديث مروي بالمعنى . وفيه : أن عكرمة قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح . فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم وثب إليه فرحا وما عليه رداء حتى بايعه ، فثبتا على نكاحهما ذلك [الموطأ ١/٥٤٥] .

(٣) ورواه كذلك الترمذي (الصحيح بإسراج ابن العربي ٨٢/٥) وفيه « ولم يحدث نكاحا » . وقال الترمذي : هذا حديث ليس بإسناده بأس .

به أحد ، قيل له : أليس يروى : أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال : ليس له أصل ، وقيل : كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين .

ولنا : قول الله تعالى : «لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهَا» : وقوله سبحانه : «وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ» ، والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار . فأما قصة أبي العاص مع امرأته ، فقال ابن عبد البر : لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار ، فتكون منسوخة بما جاء بعدها ، أو تكون حاملا استمر حكمها حتى أسلم زوجها ، أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم ، أو تكون ردت إليه بنكاح جديد . فقد روى ابن أبي شيبه في سننه عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد ، ورواه الترمذي ^(١) وقال : سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول : حديث ابن عباس أجود إسناداً ، والعمل على حديث عمرو بن شعيب .

(فصل)

٥٣٧٠

وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً ، لأنه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء ، فإن كان مسمى صحيحاً فهو لها ، لأن أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة ، وإن كان محرماً وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره ، لأننا لا نعرض لما مضى من أحكامهم ، وإن لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها ، لأن الظاهر والخير لا يجوز أن يكون صداقاً لمسلمة ، ولا في نكاح مسلم ، وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين .

فأما نفقة العدة فإن كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها ، لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها ، فكانت لها النفقة كالرجعية . وإن كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه ، لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها ، وتلافي حالها ، فأشبهت البائن ، وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم .

فإن قيل : إذا لم تسلم تبيننا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين ، فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا : لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت ، بل يجب عليه ذلك ، فكانت في معنى الرجعية ، فإن قيل : الرجعية جرت إلى البدنونة بسبب منه ، وهذه السبب منها ، قلنا : إلا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً ، ويمكنه تلافيه ، بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول ، فإنه يسقط مهرها جميعه ، لأنه ما أمكنه تلافيه .

(١) انظر (الصحيح بشرح ابن العربي ٨١/٥ وما بعدها . المطبعة المصرية عام ١٩٣١) وفيه « بمهر جديد ونكاح جديد » . قال الترمذي : هذا الحديث في إسناده مقال .

(فصل في اختلاف الزوجين)

٥٣٧١

لا يخلو اختلافهما من حالين .

أحدهما : أن يسكون قبل الدخول ، ففيه مسألتان .

إحدهما : أن يقول الزوج : أسلمنا معا فنحن على النكاح ، وتقول هي : بل أسلم أحدهنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح . فقال القاضى : القول قول المرأة ، لأن الظاهر معها ، وكذلك إذ يتمذر اتفاق الإسلام منهما دفعة واحدة ، والقول قول من الظاهر معه ، ولذلك كان القول قول صاحب اليد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجه آخر : أن القول قول الزوج ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والفسخ طارىء عليه ، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل كالمنكر . وللشافعى قولان كهذين الوجهين .

المسألة الثانية : أن يقول الزوج : أسلمت قبلى ، فلا صدق لك . وتقول هي : أسلمت قبلى ، فلى نصف الصداق : فالقول قولها ، لأن المهر وجب بالعقد ، والزوج يدعى ما يسقطه ، والأصل بقاءه ، ولم يمارضه ظاهر فبقى . فإن اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يملأ عينه ، فلها نصف الصداق ، كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضى : إن لم تكن قبضت فلا شيء لها ، لأنها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك . وإن كان بعد القبض لم يرجع عليها ، لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك . والأول أصح ، لأن اليقين لا يزول بالشك ، وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث ، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة ، بنى على اليقين . وهذه قد كان صداقها واجبا لها ، وشكاً في سقوطه ، فيبقى على الوجوب .

وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضاً مسألتان .

إحدهما : أن يقول : أسلمنا معاً ، أو أسلم الثانى منا فى المدة ، فنحن على النكاح ، وتقول هي : بل أسلم الثانى بعد المدة فانفسخ النكاح ، ففيه وجهان .

أحدهما : [أن] القول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح ، والثانى : [أن] القول قولها ، لأن الأصل عدم إسلام الثانى .

المسألة الثانية : أن تقول أسلمت قبلك فلى نفقة المدة ، ويقول هو : أسلمت قبلك فلا نفقة لك ، فالقول قولها ، لأن الأصل وجوب النفقة ، وهو يدعى سقوطها ، وإن قال : أسلمت بعد شهرين من إسلامى فلا نفقة لك فيهما ، وقالت : أسلمت بعد شهر ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم إسلامها فى الشهر الثانى ، فأما إن ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح ، لأنه يقر على نفسه ^(١) بزوال نكاحه وسقوط حقه ، فأشبهه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(١) فى المخطوطة ١٨ : أقر على نفسه .

٥٣٧٢

(فصل)

وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا ، وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام انفسخ النكاح . ولو تزوج حربى حربية ثم دخل دار الإسلام وعقد الدمة انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين . ويقتضى مذهبه : أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه ، لأن الدار اختلفت بهما فعلاً وحكماً ، فوجب أن تقع الفرقة بينهما ، كما لو أسلمت في دار الإسلام قبل الدخول .

ولنا : أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران ، وامراته بمكة لم تسلم ، وهى دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن . وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها ، ثم أسلموا وأقروا على أنسكتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالبيع . ويقارن ما قبل الدخول ، فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الإقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب صح نكاحه ، وعندهم لا يصح .

ولنا عموم قوله تعالى : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »^(١) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الإسلام ، فأبىح نكاحها في دار الحرب كالسلمة .

﴿مسألة﴾

٥٣٧٣

قال ﴿ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ، ثم أصابهن ، ثم أسلم ، ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها ، اختار أربعاً منهن ، وفارق ما سواهن ، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن﴾

وجملة ذلك : أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن ، أو كن كتابيات ، لم يكن له إمساكن كلهن بخير خلاف نعلمه ، ولا يملك إمساك أكثر من أربع ، فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن ، وفارق سائرهن ، سواء تزوجهن في عقد أو في عقود ، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر . نص عليه أحمد . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، ومحمد ابن الحسن . وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : إن كان تزوجهن في عقد انفسخ نكاح جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ، ونكاح ما زاد على أربع باطل ، لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحرى من طريق الجمع ، فلا يكون فيه نكاحاً بعد الإسلام^(٢) ، كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا .

(١) سورة المائدة آية ٥ (٢) في المخطوطة ١٨ : فلا تحبب فيه بعد الإسلام .

ولنا : ما روى قيس بن الحارث قال : أسلمت وتحتي ثمان نسوة ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له ذلك ، فقال : « اختر منهن أربعاً » . رواه أحمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي : أن غيلان ابن سلمة أسلم وتحتته عشر نسوة ، فأسلمن معه ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخير منهن أربعاً . رواه الترمذى . ورواه مالك في موطئه عن الزهرى مرسلًا . ورواه الشافعى في مسنده عن ابن علية ، عن معمر ، عن الزهرى ، عن سالم عن أبيه . إلا أنه غير محفوظ ، غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهرى ، كذلك قال الحفاظ : الإمام أحمد والترمذى وغيرهما . ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك ، كما لو تزوجهن بغير شهود . وأما إذا تزوجت بزوجة فنكاح الثانى باطل ، لأنها ملكته ملكاً غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح ، لأنها لم تملكه جميع بضعها ، ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الأديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل .

(فصل)

٥٣٧٤

ويجب عليه أن يختار أربعاً فما دون ، ويفارق سائرهن ، أو يفارق الجميع . لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر غيلان وقيساً بالاختيار ، وأمره يقتضى الوجوب ولأن المسلم لا يجوز إقراره على نكاح أكثر من أربع ، فإن أبى أجبر بالحبس والتعزير إلى أن يختار ، لأن هذا حق عليه يمكنه إيفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولى إذا امتنع من الطلاق ، لأن الحق ههنا لغير معين ، وإنما تتمين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينبوب عنه فيه ، بخلاف المولى ، فإن الحق لمعين يمكن الحاكم إيفاؤه والنيابة عن المستحق فيه ، فإن جُنّ خلى حتى يعود عقله ، ثم يجبر على الاختيار ، وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار ، لأنهن محبوسات عليه ، ولأنهن في حكم الزوجات أيتهن اختار جاز .

(فصل)

٥٣٧٥

ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه ، فإنه لا حكم لقوله ، وليس لأبيه الاختيار عنه ، لأن ذلك حق يتعلق بالشهوة ، فلا يقوم غيره مقامه فيه ، فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ ، وعليه النفقة إلى أن يختار .

(فصل)

٥٣٧٦

فإن مات قبل أن يختار لم يقر وارثه مقامه لما ذكرناه في الحاكم^(٢) ، وعلى جميعهن العدة ، لأن الزوجات لم يتعين منهن ، فمن كانت منهن حاملاً فعدتها بوضعه ، ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها أربعة

(١) في المخطوطة ٣٠ : من ذوات الإقرار في الفقرة كلها . (٢) انظر المسألة ٥٣٧٤ .

أشهر وعشر ، لأنها أطول العدتين في حقها . وإن كانت من ذوات القروء ^(١) فعدتها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر ، لتقضى العدة بيقين ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة ، وعدة المختارة عدة الوفاة ، وعدة المفارقة ثلاثة قروء ، فأوجبنا أطولها لتقضى العدة بيقين ، كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها ، عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي ، فأما الميراث فإن اصطلاحن عليه فهو جائز كيفما اصطلاحن ، لأن الحق لمن لا يخرج عنهن . وإن أبين الصلح فقياس المذهب : أن يقرع بينهما ، فتكون الأربع منهن بالقرعة . وعند الشافعي : يوقف الميراث حتى يصطلاحن ، وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع ^(٢) إن شاء الله تعالى .

٥٣٧٧

(فصل)

وصفة الاختيار أن يقول : اخترت نكاح هؤلاء ، أو اخترت هؤلاء ، أو أمسكتهن ، أو اخترت حبسهن ، أو إمسكن ، أو نكاحن ، أو أمسكت نكاحن ، أو ثبت نكاحن ، أو أثبتن . وإن قال لما زاد على الأربع : فسخت نكاحن ، كان اختياراً للأربع ، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها ، لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال : قد فارقت هؤلاء ، أو اخترت فراق هؤلاء ، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم لغيلان : « إختار منهن أربعاً وفارق سائرهن » ، وهذا يقتضى أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه ، كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه ، وكذا في حديث فيروز الدبلي قال : فعددت إلى أقدمهن صحبة ففارقته ، وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ ، فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ ، وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لمن دون غيرهن ، وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين .

أحدهما : أنه يكون اختياراً للمفارقات ، لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق ، والأولى ما ذكرناه . وإن وطئ إحداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب ، لأنه لا يجوز إلا في ملك ، فيدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار . ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها . وإن آلى من واحدة منهن ، أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين . وفي الآخر يكون اختياراً لها ، لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة . وإن قذفها لم يكن اختياراً لها ، لأنه يقع في غير زوجة .

٥٣٧٨

(فصل)

وإذا اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار ، لأنهن بن منه بالاختيار ، ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم ، لأنهن بن بإسلامه ، وإنما يتبين ذلك باختياره ، فيثبت حكمه من حين الإسلام ،

(١) في ٢٠ : من ذوات الأقراء في الفقه كلها . (٢) في المخطوطة ١٨ : في موضع غير هذا .

كما إذا أسلم أحد الزوجين . ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها ، وفرقهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ منهن . وعدتهن كمدة المطلقات ، لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك . وإن ماتت إحدى المختارات أو بانته منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات ، وتكون عنده على طلاق ثلاث ، لأنه لم يطلقها قبل ذلك . وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع ، أو تمام أربع ، لأن الأربع الزوجات لا يبين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه ، فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بهن ، وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن ، وتكون عدة المطلقات من حين طلق ، وعدة الباقيات على الوجهين .

وإن طلق الجميع أقرع بينهما ، فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ، ووقع طلاقه بهن وانفسخ نكاح البواقي . فإن كان الطلاق ثلاثاً فتنقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات ، لأنهن لم يطلقن منه ، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وإصابة .

ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن ، فإذا اختارهن تبين أن طلاقه وقع بهن ، لأنهن زوجات ، ويمتدذن من حين طلاقه ، وبأن البواقي باختياره لغيرهن ، ولا يقع بهن طلاقه ، وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات ، لأن هؤلاء غير مطلقات . والفرق بين هذه وبين التي قبلها : أن طلاقهن قبل إسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه ، فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ ، وفي التي قبلها يطلقن : وله الاختيار ، والطلاق يصلح اختياراً ، وقد أوقعه في الجميع ، وليس بمض من بضع ، فصرنا إلى القرعة لنساوي الحقوق .

(فصل)

٥٣٧٩

وإذا أسلم قبلهن وقلنا: بمجمل الفرق باختلاف الدين فلا كلام ، وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة ، ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أنهن بن من ذ اختلاف الدين ، فإن كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبين أن طلاقه لم يقع بهن ، وله نكاح أربع منهن إذا أسلمن . وإن كان وطئن تبين أنه وطئ غير نسائه ، وإن لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبين أن ذلك كان في غير زوجته ، وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية ، فإن أسلم بعضهن في العدة تبين أنها زوجته ، فوقع الطلاق بها ، وكان وطؤه لها وطئاً لمطلقته . وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته . وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها .

وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن ، فإذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن ، لأنه لم يقع طلاقه بهن .

(فصل)

٥٣٨٠

وإذا أسلم وتحتة ثمان نسوة فأسلم أربع منهن ، فله اختيارهن ، وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي ، فإن

مات اللأى أسلمن ، ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميقات ، وله اختيار الباقيات ، وله اختيار بعض هؤلاء ، لأن الاختيار ليس بعقد ، وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن ، والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته ، وحال ثبوته كنّ أحياء ، وإن أسلمت واحدة منهن فقال : اخترتها ، جاز . فإذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي ، وإن قال للمسلمة : اخترت فسرخ نكاحها لم يصح ، لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع ، والاختيار للأربع ، وهذه من جملة الأربع ، إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع ، لأنه كفاية ، ويكون طلاقه لها اختياراً لها .

وإن قال : اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح ، لأنه ليس بوقت للاختيار ، لأنها جارية إلى بينونة ، فلا يصح إمساكها ، وإن فسرخ نكاحها لم يفسخ ، لأنه لما لم يحز الاختيار لم يحز الفسخ . وإن نوى بالفسخ الطلاق ، أو قال : أنت طالق ، فهو موقوف . فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع ، أو أسلم زيادة فاخترها تبيناً وقوع الطلاق بها ، وإلا فلا .

(فصل)

٥٣٨١

وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح ، لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ، ولا يصح في غير معنى ، وإن قال : كلما أسلمت واحدة اخترت فسرخ نكاحها لم يصح أيضاً ، لأن الفسخ لا يتعاق بالشرط ، ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع^(١) . وإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال : كلما أسلمت واحدة فهي طالق . وفي ذلك وجهان :

أحدهما : يصح ، لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها . فكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها ، وتطلق بطلاقه .

والثاني : لا يصح ، لأن الطلاق يتضمن الاختيار ، والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط .

(فصل)

٥٣٨٢

وإذا أسلم ثم أحرمت بحج أو عمرة ، ثم أسلمن فله الاختيار ، لأن الاختيار استدامة النكاح ، وتعيين المنكوحه ، فليس ابتداء له . وقال القاضي : ليس له الاختيار ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .
ولنا : أنه استدامة نكاح^(٢) لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهود ، ولا يتجدد به مهر ، فجاز له في الإحرام كالرجعة .

(٢) في المخطوطة ١٨ : أن دوام النكاح .

(١) في المخطوطة ١٨ : على أربع .

(فصل)

٥٣٨٣

وإذا أسلمن معه ثم مثن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعا ، فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات ، لأنهن لسن^(١) بزوجات له . وإن مات بعضهن فله الاختيار من الأحياء ، وله الاختيار من الميتات ، وكذلك لو أسلم بعضهن فمثن ، ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع . فإن اختار الميتات فله ميراثهن ، لأنهن مثن وهن نساؤه . وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن ، لأنهن أجنبيات . وإن لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات ، وله ميراثهن . وإن وطئ الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن ، فاختار أربعا منهن فليس لهن إلا المسمى ، لأنهن زرجات ، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر للوطء الثاني ، لأنهن أجنبيات . وإن وطئن بعد إسلامهن فالوطوءات أولا هن المختارات ، والبواقي أجنبيات ، والحكم في المهر على ما ذكرناه .

﴿مسأله﴾

٥٣٨٤

قال ﴿ولو أسلم وتحتة أختان اختار منهما واحدة﴾

هذا قول الحسن ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد . وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشر نسوة .

ولنا : ما روى الضحاك بن فيروز ، عن أبيه ، قال : قلت : يا رسول الله ، إني أسلمت وتحتي أختان ؟ قال : « طلق أيتهما شئت »^(٢) رواه أبو داود وابن ماجه ، وغيرهما ، ولأن أنكحة الكفار صحيحة ، وإنما حرم الجمع في الإسلام ، وقد أزاله فصيح ، كما لو طلق إحداها قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حبالته ، وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها ، لأن المغنى في الجميع واحد .

(فصل)

٥٣٨٥

ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ، ثم تزوج في شركه أختها ، ثم أسلمت في عدة الأولى ، فله أن يختار منهما ، لأنه أسلم وتحتة أختان مسلمتان . وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ، ولا أربعا سواها . فإن فعل لم يصح النكاح الثاني ، وإذا أسلمت الأولى في عدتها فنكاحها لازم ، لأنها انفردت به .

(فصل)

٥٣٨٦

وإن تزوج أختين ودخل بهما ، ثم أسلم وأسلمتا معه ، فاختار إحداها لم يطأها حتى تنقضى عدة أختها ، اثلا يكون واطئا لإحدى الأختين في عدة الأخرى . وكذلك إذا أسلم وتحتة أكثر من أربع قد دخل بهن ،

(١) في المطبوعة : ليس . خطأ

(٢) ابن ماجه عن بونس عن ابن وهب (السنن ٦٢٧/١ حلي سنة ١٩٥٢م)

فأسلمن معه، أو كن ثمانيا فاختار أربعاً منهن ، وفارق أربعاً ، لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضى عدة المفارقات ، لئلا يكون واطناً لأكثر من أربع ، فإن كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ، ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضى عدة المفارقة . فإن كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات . فإن كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ، ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضى عدة المفارقات . فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات ، هذا قياس المذهب .

(فصل)

٥٣٨٧

وإذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول ، فاختار إحداهما فلا مهر للأخرى ، لأننا تبيننا أن الفرقه وقعت بإسلامهم جميعاً^(١) فلا تستحق مهرأ كما لو نسخ النكاح لميب في إحداهما ، ولأنه نكاح لا يقر عليه في الإسلام ، فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها ، كما لو تزوج الجوسى أخته ثم أسلمتا قبل الدخول ، وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع ، إذا أسلموا جميعاً قبل الدخول فاختار أربعاً ، ونسخ نكاح البواقي ، فلا مهر لمن لما ذكرنا والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥٣٨٨

قال ﴿ وإن كانتا أما وبناتاً فأسلم وأسلمتا معاً قبل الدخول فسد نكاح الأم ، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما ﴾ الكلام في هذه المسألة في فصلين .

(أحدهما)

٥٣٨٩

إذا كان إسلامهم جميعاً قبل الدخول فإنه يفسد نكاح الأم ، ويثبت نكاح البنت . وهذا أحد قولى الشافعى واختيار المزنى . وقال في الآخر يختار أيتهما شاء لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار ، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت .

ولنا : قول الله تعالى : « وَأَمْهَاتُ نِسَائِكُمْ » . وهذه أم زوجته ، فتدخل في عموم الآية ، ولأنها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه^(٢) ولأنه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها إذا أسلم ، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى . وقولهم : إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه غير صحيح ، فإن أنسكه الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة ، وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحاً لازماً من غير اختيار ، ولهذا فوض إليه الاختيار ههنا . ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحاً ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : وقعت بالإسلام . (٢) في المخطوطة ٢٠ : في حال كفره .

وإنما اختصت الأم بفساد نكاحها لأنها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأبيد ، فلم يمكن اختياره ، والبنت لا تحرم قبل الدخول بأمرها ، فتعين النكاح فيها ، بخلاف الأختين .

(الفصل الثانى)

٥٣٩٠

إذا دخل بهما حرمتا على التأبيد . الأم لأنها أم زوجته ، والبنت لأنها ريبتها من زوجته التى دخل بها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه (من أهل العلم)^(١) . وهذا قول الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وقتادة ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثوري ، وأهل العراق ، والشافعى ، ومن تبعهم . وإن دخل بالأم وحدها فكذلك ، لأن البنت تكون ريبتها مدخولا بأمرها ، والأم حرمت بمجرد العقد على ابنتها . وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها ، وفسد نكاح أمها ، كما لو لم يدخل بها . ولو لم تسلم معه ، إلا إحداها كان الحكم كالو أسلمتا معه . فإن كانت المسلمة هى الأم فهى محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمرها ثبت نكاحها ، وإن كان دخل بأمرها فهى محرمة على التأبيد . ولو أسلم وله جاريتان إحداها أم الأخرى وقد وطئها جميعاً حرمتا عليه على التأبيد ، وإن كان قد وطئ إحداها حرمت الأخرى على التأبيد ، ولم تحرم الموطوءة . وإن كان لم يوطأ واحدة فله وطء أيتها شاء ، فإذا وطئها حرمت الأخرى على التأبيد ، والله أعلم .

(مسألة)

٥٣٩١

قال (ولو أسلم عبد وتحت زوجته قد دخل بهما فأسلمتا فى العدة ، فهما زوجتاه . ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجملة ذلك : أن حكم العبد فيما زاد على الاثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع . فإذا أسلم وتحت زوجته فأسلمتا معه ، أو فى عدتهما لزم نكاحهما ، حرتين كانتا أو أمتين ، أو حرة وأمة ، لأنه له الجمع بينهما فى ابتداء نكاحه ، فكذلك فى اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين ، أيتهن شاء على ما مضى فى الحر ، فلو كان تحت حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الأمتين ، أو حرة وأمة ، وليس للحررة إذا أسلمت معه الخيار فى فراقه ، لأنها رضيت بنكاحه وهو عبد ، ولم يتجدد رقه بالإسلام^(٢) ولا تجددت حريتها بذلك ، فلم يكن لها خيار ، كما لو تزوجت معيباً تعلم عيبه ثم أسلما . وذكر القاضى وجهاً : أن لها الخيار ، لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالإسلام ، فكأنه عيب حادث . والأول أصح ، فإن الرق لم يزل عيباً ونقصاً عند العقلاء ، ولم يتجدد نقصه بالإسلام فهو كسائر الميوب .

(١) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ١٨ . (٢) فى المخطوطة ١٨ : الرق بالإسلام .

(فصل)

٥٣٩٢

وإن أسلم^(١) وتحتة أربع حرائر ، فأعتق ثم أسلمن في عدتهن ، أو أسلمن قبله ، ثم أعتق ، ثم أسلم ، لزمه نكاح الأربع ، لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع إسلامهم . فإنه حر ، فأما إن أسلموا كلهم ، ثم أعتق قبل أن يختار ، لم يكن له أن يختار إلا اثنتين ، لأنه كان عبداً حين ثبت له الاختيار ، وهو حال اجتماعهم على الإسلام ، فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم ، كمن أسلم وتحتة إماء فأسلمن معه ثم أيسر . ولو أسلم ومعه اثنتان ثم أعتق ، ثم أسلم الباقيات لم يحز إلا اثنتين ، لأنه ثبت له الخيار بإسلام الأوليين .

(فصل)

٥٣٩٣

وإن تزوج أربعا فأسلمن وأعتقن قبل إسلامه ، فإمن فسخ النكاح ، لأنهن عتقن تحت عبد ، وإنما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة ، لأنه قد يسلم ، فيقطع جريانهن إلى البينونة . فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بن باختلاف الدين من حين أسلمن^(٢) ، وإن أسلم في العدة بن لفسخ النكاح ، وعليهن عدة الحرائر في الموضعين ، لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر ، وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة التي يمكن الزوج تلافى النكاح فيها ، وأشبهن الرجعية . فإن أخرجن الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ ، لأن تركهن للفسخ اعتماد على جريانهن لبينونة ، فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، كالرجعية إذا عتقت آخرت الفسخ ، ولو أسلم قباهن ، ثم أعتقن ، فاخترن الفسخ صح لأنهن إماء عتقن [وهن] تحت عبد ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم : لا خيار لهن ، لأنه لا حاجة (بهن)^(٣) إلى الفسخ ، لسكونه يحصل بإقامتهن على الشرك ، بخلاف التي قبلها ، وليس بصحيح . فإن السبب متحقق ، وقد يبدو لهن الإسلام وهو واجب عليهن .

فإن قيل : فإذا أسلمن اخترن الفسخ . قلنا : يتضررن بطول العدة ، فإن ابتدأها من حين الفسخ ، ولذلك ملكن الفسخ فيما إذا أسلمن وعتقن قبله .

فأما إن اخترن المقام ، وقلن : قد رضينا بالزوج ، فذكر القاضى : أنه يسقط خيارهن ، لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح فيها اختيار الإقامة ، كحالة اجتماعهم على الإسلام ، وقال أصحاب الشافعي : لا يسقط خيارهن ، لأن اختيارهن للإقامة ضد للحالة التي هن عليها ، وهى جريانهن إلى البينونة^(٤) فلم يصح ، كما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها . وهذا يبطل بما إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، ثم عتقت ، فاخترت زوجها .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : منذ أسلمن .

(١) فى المخطوطة ١٨ : ولو أسلم .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : إلى بينونة .

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٨

(فصل)

وإذا أسلم الحر وتحت إمام فأعتقت إحداهن ، ثم أسلمت ، ثم أسلم البواقي ، لم يكن له أن يختار من الإمام ، لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الإسلام ، وإن أسلمت إحداهن معه ثم أعتقت ، ثم أسلم البواقي فله أن يختار من الإمام ، لأن العبرة بحال الاختيار ، وهي حالة اجتماعهم على الإسلام . وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة

(فصل)

٥٣٩٤

ولو أسلم وتحت أربع إمام ، وهو عادم للطول ، خائف للعتق ، فأسلمن معه ، فله أن يختار منهن واحدة . فإن كانت لا تمة فله أن يختار منهن من تعفه في إحدى الروايتين . والأخرى : لا يختار إلا واحدة . وهذا مذهب الشافعي . وتوجيهها قد مضى في ابتداء نكاح الإمام^(١) .

وإن عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل . ولم يكن له خيار . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو ثور : له أن يختار منهن ، لأنه استدامة للعقد لا ابتداء له ، بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد . فأشبهه الرجعة .

ولنا : أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام ، فلم يملك اختيارها كالعدة من غيره ، وكذوات محارمه . وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى البينونة ، وهذا إثبات النكاح في امرأة . وإن كان دخل بهن ثم أسلم ، ثم أسلمن في عدتهن ، فالحكم كذلك . وقال أبو بكر : لا يجوز له ههنا اختيار ، بل بين بمجرد إسلامه ، لئلا يفضى إلى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا : أن إسلامهن في العدة بمنزلة إسلامهن معه ، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كإسلامهن معه . وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن ، سواء كن كتابيات أم لا ، لأنه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

(فصل)

٥٣٩٥

ولو أسلم وهو واجد للطول ، فلم يسلمن حتى أعسر ، ثم أسلمن ، فله أن يختار منهن ، لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار ، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام ، وهو حينئذ عادم للطول ، خائف للعتق ، فكان له الاختيار وإن أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أبسر ، لم يكن له الاختيار لذلك . وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر ، ثم أسلم البواقي بعد إعساره ، لم يكن له أن يختار منهن شيئاً ، لأن وقت

الاختيار دخل بإسلام الأولى . ألا ترى أنه لو كان معسراً كان له اختيارها ، فإذا كان موسراً بطل اختياره . وإن أسلمت الأولى وهو معسر ، فلم تسلم البواقي حتى أسير ، لزم نكاح الأولى ، ولم يكن له الاختيار من البواقي ، لأن الأولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها ، بخلاف البواقي . ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر ، فلم يختار حتى أسير ، كان له أن يختار ، لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك ، فتغير حاله لا يستط ما ثبت له ، كما لو تزوج أو اختار ثم أسير لم يحرم عليه استدامة النكاح .

(فصل)

٥٣٩٦

فإن أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الإمام فله أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذا أسلمت يختار من أسلمت معه ، لأن له أن يختارها لو أسلمن كلهن ، فكذلك إذا أسلمت وحدها . وإن أحب انتظار البواقي جاز ، لأن له غرضاً صحيحاً ، وهو أن يكون منهن من هي أبرء عنده من هذه ، فإن انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً ، وبأن البواقي منذ اختلاف الدينان . وإن أسلمن في المدة اختار منهن واحدة ، وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار ، وعددهن من حين الاختيار . وإن أسلم بعضهن دون بعض ، بأن اللائي لم يسلمن منذ اختلاف الدينان ، والبواقي من حين اختار . وإن اختار التي أسلمت معه حين أسلمت ، انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها . فإن أسلم البواقي في المدة تبين أنهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ . وإن لم يسلمن بن باختلاف الدين وعدتهن منه . وإن طلق التي أسلمت معه طلق وكان اختياراً لها ، وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً ، لأن إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها . فأما إن اختار فسخ نكاحها لم يكن له ، لأن الباقيات لم يسلمن معه ، فما زاد المدد على ماله إمساكه في هذه الحال ، ولا يفسخ النكاح ، ثم ينظر : فإن لم تسلم البواقي لزمه نكاحها . وإن أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي ، والأولى معهن . وإن اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها لم يصح . وفيه وجه آخر ذكره القاضي : أنه لا يصح اختياره لها ، لأن فسخه لنكاحها إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي المدة ، لأننا تبين أن نكاحها كان لازماً . فإذا أسلمن لحق إسلامهن بتلك الحال وصار كأنهن أسلمن في ذلك الوقت ، فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ، ولم يكن له أن يختارها . وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل إسلامها ، فإنه لا يصح ، ولا يجعل إسلامهن الوجود في الثاني كالوجود سابقاً ، كذلك ههنا .

(فصل)

٥٣٩٧

فإن أسلم وتحتة إمام وحررة ، ففيه ثلاث مسائل :

٥٣٩٨

إحداها

أسلم وأسلمن معه كلهن ، فإنه يلزم نكاح الحرّة ، وينفسخ نكاح الإمام ، لأنه قادر على الحرّة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور : له أن يختار ، وقد مضى الكلام معه .

٥٣٩٩

الثانية

أسلمت الحرّة معه دون الإمام ، فقد ثبت نكاحها ، وانقطعت عصمة الإمام ، فإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باختلاف الدين ، وابتداء عدتهن من حين أسلم ، وإن أسلمن في عدّدهن بن من حين إسلام الحرّة ، وعدّدهن من حين إسلامها ، فإن ماتت الحرّة بعد إسلامها لم يتغير الحكم بموتها ، لأن موتها بعد ثبوت نكاحها ، وانفساخ نكاح الإمام لا يؤثر في إباحتهن .

٥٤٠٠

الثالثة

أسلم الإمام دون الحرّة وهو معسر ، فلا يخلو إما أن تنقض عدتها قبل إسلامها ، فتبين باختلاف الدين ، وله أن يختار من الإمام ، لأنه لم يقدر على الحرّة . أو يسلم في عدتها فيثبت نكاحها ، ويبطل نكاح الإمام كما لو أسلمن دفعة واحدة ، وليس له أن يختار من الإمام قبل إسلامها وانقضاء عدتها ، لأننا لا نعلم أنها لا تسلم . فإن طلق الحرّة ثلاثاً قبل إسلامها ، ثم لم تسلم ، لم يقطع الطلاق ، لأننا تبيننا أن النكاح انفسخ باختلاف الدين ، وله الاختيار من الإمام ، وإن أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتاً ، وأن الطلاق وقع فيه ، والإمام بن بثبوت نكاحها قبل الطلاق .

٥٤٠١

(فصل)

وإن أسلم وتحمته إمام وحرّة فأسلمن ، ، ثم عتقن قبل إسلامها ، لم يكن له أن يختار منهن ، لأن نكاح الأمة لا يجوز لقادر على حرّة ، وإنما يعتبر حال ثبوت الاختيار ، وهو حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، ثم ننظر : فإن لم تسلم الحرّة فله الاختيار منهن ، فلا يختار إلا واحدة ، اعتباراً لحالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتها . فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرّة ، ثم لم تسلم ، فلا عبرة باختياره ، وله أن يختار غيرها ، لأن الاختيار لا يكون موقوفاً . فأما إن عتقن قبل أن يسلمن ، ثم أسلمن ، واجتمعن معه على الإسلام وهن حرّات ، فإن كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ، ثبت نكاحهن ، وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعاً ، ويبطل عصمة الخامسة ، لأنهن صرن حرّات في حالة الاختيار ، وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فصار حكم الحرّات الأصليات ، وكما لو أعتقن قبل إسلامه وإسلامهن . ولو أسلمن قبله ثم أعتقن ، ثم أسلم ، فكذلك ويكون الحكم في هذا كما لو أسلم وتحمته خمس حرّات أو أكثر على ما مر تفصيلاً .

(فصل)

٥٤٠٢

ولو أسلم وتحتة خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداها ، لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما ، فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية . وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع . وإن أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولاً ، وينسخ نكاح الباقية .

وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وإن أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن ، إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ، ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل ألا يجبر على الاختيار ، لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع ، وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الإماء لم يجبر على اختيارها ، كذا ههنا . والصحيح ههنا : أن يجبر على اختيارها . لما ذكرنا من المعنى ، وأما الأمة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها ، بخلاف مسألتنا .

﴿مسألة﴾

٥٤٠٣

قال ﴿ وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته ، وإن كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انسخ النكاح ، ولا مهر لها ﴾ .
وجملة ذلك : أنه إذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده ، أو أسلما معاً ، فالنكاح باق بحاله ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، لأن للمسلم أن يبتدىء نكاح كتابية ، فاستدامته أولى . ولا خلاف في هذا بين القائلين بإجازة نكاح الكتابية .

فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تمجأت الفرقة ، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي ، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . وإن كان إسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين على ما تقدم . فإذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفسخ منها . وقد مضى الكلام في هذا أيضاً بما فيه كفاية ^(١) .

(فصل)

٥٤٠٤

وإذا تزوج الجوسى كتابية ثم ترافعا إلينا قبل الإسلام فُرق بينهما . قال أحمد في مجوسى تزوج كتابية : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينه وبين ذلك ؟ قال : الإمام . ويحتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وإن لم يترافعا إلينا ، لأنها أعلى ديناً منه ، فيمنع نكاحها ، كما يمنع الذي نكاح المسلمة . وإن تزوج الذمى وثنية أو مجوسية ثم ترافعوا إلينا ففیه وجهان .

(١) انظر المسألة ٥٣٨٥ وما بعدها .

أحدهما : يقر على نكاحها ، لأنها ليست أعلى ديناً منه ، فيقر على نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتابية .

والثانى : لا يقر على نكاحها، لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها، فلا يقر الذى على نكاحها كالمتردة .

﴿ ————— آله ﴾

٥٤٠٥

قال ﴿ وما سمي لها وهما كافران فقبضته ثم أسدا فليس لها غيره وإن كان حراما ، ولو لم تنفضه وهو حرام فلما عليه مهر مثلها أو نصفه ، حيث أوجب ذلك ﴾

وجملته : أن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض لم نعرض إلى ما فعلوه ، وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره ، حلالا كان أو حراما^(١) ، بدليل قوله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا » .^(٢) فأمر بترك ما بقى دون ما قبض، وقال تعالى : « كَفَنَ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ » .^(٣) ولأن التعرض لقبوض بإبطاله يشق لتطاول الزمان ، وكثرة تصرفاتهم فى الحرام ، ففيه تنفيرهم عن الإسلام ، فعفى عنه كما عفى عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك ، فبرئت ذمة من هو عليه منه ، كالموتى بما يبعث فاسداً وتقابضا .

وإن لم يتقابضا ، فإن كان المسمى حلالا وجب ما سميها ، لأنه مسمى صحيح فى نكاح صحيح ، فوجب كتمية المسلم ، وإن كان حراما كالخنزير وبطل ، ولم يحكم به ، لأن ما سميها لا يجوز لإيجابه فى الحكم ، ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة ، ولا فى نكاح مسلم ، ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول ، وهذا معنى قوله : حيث أوجب ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة : إن كان صداقها خيراً أو خنزيراً معينين فليس لها إلا ذلك ، وإن كانا غير معينين فلهما الخمر القيمة ، وفى الخنزير مهر المثل استحساناً .

ولنا : أن الخمر لا قيمة لها فى الإسلام . فسكان الواجب مهر المثل ، كما لو أصدقها خنزيراً ، ولأنه محرم فأنشبه ما ذكرنا .

(فصل)

٥٤٠٦

وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ، ووجب بحصة ما بقى من مهر المثل ، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية ، فقبلت خمسا منها ، سقط نصف المهر ، ووجب لها نصف مهر المثل .

(١) فى المخطوطة ١٨ : سواء كان حلالا أو حراما .

(٢) سورة البقرة آية ٢٧٥

(٣) سورة البقرة آية ٢٧٨

وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل . في أحد الوجهين . لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه .

والثاني : يقسم على عددها . لأنه لا قيمة لها ، فاستوى صغيرها وكبيرها .
وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان . أحدهما : يقسم على عددها لما ذكرنا . والثاني : يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه ، كما يقول شجاج الحر كأنه عبد .
وإن أصدقها كلباً وخزيراً وثلاثة زقاق خمر ، ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقسم على قدر قيمتها عندهم .
والثاني : يقسم على عدد الأجناس ، فيجعل لكل جنس ثلث المهر . والثالث : يقسم على العدد كله ، فلكل واحد سدس المهر . فلكل سبعة سدس ، ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدس ، ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا .

(فصل)

٥٤٠٧

فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو مالا يقرؤون عليه إذا أسلموا ، كنكاح ذوات الرحم المحرم ، فأسلمها قبل الدخول ، أو ترافوا إليها ، فرق بينهما ، ولا مهر لها ، قال أحد في الجوسية تكون تحت أخيها ، أو أبيها فيطلقها ، أو يموت عنها ، فترفع إلى المسلمين بطالب مهرها : لا مهر لها ، وذلك لأنه نكاح باطل من أصله ، لا يقر عليه في الإسلام ، وحصل فيه الفرقة قبل الدخول . فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل ؟ يخرج على الروايتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة .

(فصل)

٥٤٠٨

إذا تزوج ذمي ذميته على ألا صداق لها ، أو سكت عن ذكره ، فلها المطالبة بفرضه إن كان قبل الدخول ، وإن كان بعده فلها مهر المثل ، كما في نكاح المسلمين . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن تزوجها على ألا مهر لها فلا شيء لها ، وإن سكت عن ذكره ففيه روايتان . إحداهما لا مهر لها . والأخرى : لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحقها . وقد استتطحت حقها ، والذمي لا يطالب بحق الله تعالى .
ولنا : أن هذا نكاح خلا عن تسمية ، فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة . وإنما وجب المهر في حق المفوضة لثلاث تصير كالوهمية والمباحة ، وهذا يوجد في حق الذمي .

(فصل)

٥٤٠٩

إذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد ، لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين ؛ لقول الله عز وجل : « وَإِنْ حَاكَمْتُمْ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ ^(١) » وقوله : « وَأَنْ احْكُم بَيْنَنَا أَنْزَلَ اللَّهُ ^(٢) » ولأنه لا حاجة

إلى عقده بخلاف ذلك . وإن أسلموا وترافعوا إلينا بعد العقد لم نتعرض لكيفية عقدهم ، ونظرنا في الحال . فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداءً أقرهما ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداءً نكاحهما كذوات محرمه فرق بينهما . فإن تزوج معتدة وأسما ، أو ترافعا في عدتها ، فرق بينهما ، لأنه لا يجوز ابتداءً نكاحهما ، وإن كان بعد انقضائها أقرها لجواز ابتداء نكاحها ، وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه ، لأنه إن كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح ، فإن كان في المدة فها لا يعتقدان تأييده ، والنكاح عقد مؤبد ، إلا أن يكونا ممن يعتقدون^(١) فساد الشرط ، وصحة النكاح مؤبداً ، فيقران عليه . وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء ، أو شاء أحدهما ، لم يقرأ عليه ، لأنهما لا يعتقدان لزومه ، إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده ، وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرأ لذلك ، وإن كان بعدها أقرها ، لأنهما يعتقدان لزومه ، وكل ما اعتقدوه فهو نكاح يقرون عليه ، ومالا فلا .

فإن مهر حربي فوطئها ، أو طأعته ثم أسما ، فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أقرأ عليه ، لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداءً نكاحها ، فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي ، وإن لم يعتقدا نكاحاً لم يقرأ عليه .

(فصل)

٥٤١٠

وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح ، من وقوع الطلاق ، والظهار ، والإبلاء ، ووجوب المهر ، والقسم ، والإباحة للزوج الأول ، والإحصان ، وغير ذلك . ومن أجاز طلاق الكفار عطاء ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، وحامد ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولم يجوزوه الحسن ، وقتادة ، وربيعه ، ومالك .

ولنا : أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح ، فوقع كطلاق المسلم : فإن قيل : لا نسلم صحة أنكحتهم . قلنا : دأبل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال : « وامرأته حَمَّالَةٌ أَلْطَبُ »^(٢) وقال : « امرأَةٌ فِرْعَوْنَ »^(٣) « وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ولدتُ من نكاح لا من سفاح »^(٤) : وإذا ثبت صحتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسامين .

(١) في النسخ المطبوعة (ممن يعتقدا) بحذف النون ، وهو خطأ . وفي الشرح الكبير (إلا أن يعتقدا) (ف) .

(٢) سورة المسد آية ٤

(٣) في النسخ المطبوعة (وامرأة فرعون) ولأ توجد في القرآن . وللمذكور (امرأة فرعون) بدون عطف ورفع امرأة في سورة القصص آية ٩ وينصب امرأة في سورة التحريم آية ١١ (ف) .

(٤) روى (خرجت من نكاح غير سفاح) أخرجه ابن سعد عن عائشة . وروى (خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لئن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي ، لم يصبن من سفاح الجاهلية شيء) أخرجه ابن عدى والطبراني في الأوسط عن علي (ف) .

فعلى هذا إذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ، وأصابها ثم أسلم ، لم يقرأ عليه . وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ، ثم أسلمت فهي عنده على ما بقي من طلاقها . وإن نكحها كتابي وأصابها ، حلت لطاقها ثلاثاً ، سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً ، وإن ظاهر الذمي من امرأته ثم أسلمت فعليه كفارة الظهار ، لقوله تعالى : « وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ^(١) » وإن آلى ثبت حكم الإيلاء لقوله تعالى : « لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ^(٢) » .

(فصل)

٥٤١١

ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله ، إلا أنهم يقرون على الأنكحة المحرمة بشرطين .

أحدهما : أن لا يترافعا إلينا . والثاني : أن يعقدوا لإباحة ذلك في دينهم ، لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ » وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً ^(٣) . فدل هذا على أنهم يخلون بأحكامهم إذا لم يميثوا إلينا ، ولأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ، ولم يعترض عليهم في أحكامهم ، ولا في أنكحتهم ، مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ، وقد روى عن أحمد في المجوس يتزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها . قيل : من يحول بينهما ؟ قال : الإمام . قال : أبو بكر : لأن عينا ضرراً في ذلك ، بمعنى بتحريم أولاد النصرانية علينا ، وهكذا يجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية ، ويجيء على هذا القول : أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم . فإن عمر رضي الله عنه كتب : « أَنْ فَرَّقُوا بَيْنَ كُلِّ مُحَرَّمٍ مِنَ الْمَجُوسِ » . وقال أحمد في مجوسى ملك أمة نصرانية : يحال بينه وبينها ، ويجبر على بيعها ، لأن النصراني لهم دين فإن ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها ، وقال أبو بكر عبد العزيز : لا يجوز له وطؤها أيضاً ، لما ذكرناه من الضرر .

﴿ مسألة ﴾

٥٤١٢

قال ﴿ ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها ، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فيكذلك ، إلا أن عليه نصف المهر ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن داود : أنه لا ينفسخ بالردة ، لأن الأصل بقاء النكاح .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ » وقال تعالى : « فَلَا تَرْجُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَأَنْ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ » ، ولأنه اختلاف دين يمنع الإصابة ، فأوجب فسخ النكاح ،

كما لو أسلمت تحت كفر ، ثم ينظر . فإن كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها ، لأن الفسخ من قبلها ، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر ، لأن الفسخ من جهته . فأشبه ما لو طلق ، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل .

﴿مسألة﴾

٥٤١٣

قال ﴿وإن كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها ، وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها . ولو كان هو المرتد فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان ﴾ اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين .

ففي إحداهما : تتمجل الفرقة ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وروى ذلك عن الحسن ، وعمر ابن عبد العزيز ، والثوري ، وزفر ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع .

والثانية : يقف على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح ، وإن لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان^(١) . وهذا مذهب الشافعي . لأنه لفظ تقع به الفرقة ، فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي ، أو اختلاف دين بعد الإصابة ، فلا يوجب فسخه في الحال كإسلام الحربية تحت الحرب ، وقياسه على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع . فأما النفقة فإن قلنا بتعجيل الفرقة فلا نفقة لها ، لأنها بائن منه^(٢) . وإن قلنا : يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها ، لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها ، وتلافي نكاحها ، فلم يكن لها نفقة ، كما بعد العدة . وإن كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة ، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها ، بأن تسلم ، ويمكنه تلافي نكاحها ، فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية .

(فصل)

٥٤١٤

فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما ، إن كان قبل الدخول تتمجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتمجل ، أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين ، وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب ، فهو أحق بها ، ما لم تنقض العدة . وقال أبو حنيفة : لا يفسخ النكاح استحصاناً ، لأنه لم يختلف بهما الدين ، فأشبه ما لو أسلما .

(١) في المخطوطة ٣٠ : اختلف دينهما . (٢) في المخطوطة ١٨ : لأنها بانت منه .

ولنا . أنها ردة طارئة^(١) على النكاح ، فوجب أن يتعلق بها فسخه ، كما لو ارتد أحدهما ، ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كما له ، وما ذكره يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية ، فإن نكاحهما يفسخ ، وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ، ويقران عليه بخلاف الردة .

(فصل)

٥٤١٥

وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها ، فإن وطئها في عدتها وقلنا : إن الفرقة تمجلت ، فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء ، مع الذي يثبت عليه بالنكاح ، لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا : إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة ، فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها ، وكانت الردة منهما ، فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لأننا تبيننا أن النكاح لم يزل وأنه ، وطئها وهي زوجته . وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها ، فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح ، لأننا تبيننا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان . وهذا الحكم فيما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول فوطئها في العدة قبل إسلام الآخر ، فالحكم فيه مثل الحكم ههنا ، لما ذكرنا من التعليل فيه .

(فصل)

٥٤١٦

وإذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت ، فإن لم يسلم الآخر في العدة تبيننا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان ، وعدتها من حين أسلم المسلم منهما ، وإن أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد ، لأن حكم اختلاف الدين بإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة . ولو أسلم وتحتته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن ، لأنه لا يجوز أن يبتدىء العقد عليهن في هذه الحال ، وكذلك لو ارتد دن دونه أو معه ، لم يكن له أن يختار منهن كذلك .

(فصل)

٥٤١٧

فإذا تزوج الكافر بمن لا يُقرّ على نكاحه في الإسلام مثل أن جمع بين الأختين أو بين عشر نسوة ، أو نكح معتدة ، أو مرتدة ، ثم طلقها ثلاثاً ، ثم أسلم ، لم يكن له أن ينكحها ، لأننا أجربنا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح ، فكذلك في الطلاق ، ولهذا جاز له إمساك الثانية من الأختين ، والخامسة المعقود عليها آخرأ .

(١) في المخطوطة ٢٠ : أن الردة طارئة .

﴿مسألة﴾

٥٤١٨

قال : ﴿ وإذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، فلا نكاح بينهما ، وإن سموا مع ذلك صداقا أيضاً ﴾

هذا النكاح يسمى الشغار . فليل إما سمى شغراً لقبحه ، تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في القبح ، يقال . شغل الكلب ، إذا رفع رجله ليبول ، وحكى عن الأصمعي أنه قال : الشغار : الرفع ، فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد . ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد ، رواه عنه جماعة قال أحمد : وروى عن عمر ، وزيد بن ثابت ، أنهما فرقا فيه ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وحكى عن عطاء ، وعمر بن دينار ، ومكحول ، والزهرى ، والثوري : أنه يصح ، وتفسد القسمية ، ويجب مهر المثل ، لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد ، كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار » متفق عليه . وروى أبو هريرة مثله ، أخرجه مسلم^(١) . وروى الأثرم بإسناده عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا جَلْب ولا جَنْب^(٢) ولا شغار في الإسلام » . ولأنه جعل كل واحد من العقدين ساقاً في الآخر فلم يصح ، كما لو قال : بمعنى ثوبك على أن أبيعك ثوبى ، وقولهم : إن فساده من قبل القسمية . قلنا : بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ، أو لأنه شرط تملك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى ، فكان ملكه إياه بشرط انتزاعه منه . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك .

وقال الشافعي ، هو أن يقول ذلك ، ولا يسمى لكل واحدة صداقا ، لما روى ابن عمر : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجتك بنتي ، على أن تزوجني بنتك ، ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى » .

ولنا : ما روى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار ، والشغار : أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق »^(٣) وهذا لفظ الحديث الصحيح المتفق عليه ، وفي حديث أبي هريرة

(١) حديث أبي هريرة رواه مسلم عن ابن أبي شيبة عن ابن نمير وأبي أسامة . وروى مثله من حديث ابن عمر . رضى الله عنهما . انظر [الصحيح ١٠٣٤/٢ ، ١٠٣٥/١ حلي] .

(٢) الجلب في سباق الخيل أن يتبع الرجل فرسه فيزجره ويحلب عليه حناله على الجرى . وفي الصدقة بأن ينزل المصدق على أهل الزكاة في موضع ثم يرسل من يحلب إليه الأموال من أما كتبها ليأخذ صدقتها . . والجلب في السباق : أن يجنب فرساً إلى فرسه الذي يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى الجنوب . وفي الصدقة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تنجب إليه . وللشروع في الصدقة أن يأخذها من أما كتبها . (ف)

(٣) رواه مسلم عن يحيى بن يحيى (الصحيح ١٠٣٤/٢ حلي) (ف)

«والشغار أن يقول الرجل للرجل : زوجني ابنتك ، وأزوجك ابنتي ، أوزوجني أختك وأزوجك أختي»^(١) رواه مسلم . وهذا يجب تقديمه لصحته ، وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ، ويفسد النكاح بأى ذلك كان ، ولأنه إذا شرط في نكاح إحداها تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد ، كما لو لفظ به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة ، أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون ، أو أقل أو أكثر ، فالنصوص عن أحمد فيما وقفنا صحته ، وهو قول الشافعي . لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه سمي صداقا فصح ، كما لو لم يشترط ذلك وقال الخرقى : لا يصح ، لحديث أبي هريرة ، ولما روى أبو داود عن الأعرج « أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته ، وكانا جعللا صداقا ، فكتب معاوية إلى مروان ، فأمره أن يفرق بينهما ، وقال في كتابه : « هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم » ، ولأنه شرط نكاح إحداها لنكاح الأخرى فلم يصح ، كما لو لم يسميا صداقا . يحققة أن عدم التسمية ليس بفسد للعقد ، بدليل نكاح المفوضة ، فدل على أن الفساد هو الشرط وقد وجد ، ولأنه سلف في عقد فلم يصح ، كما لو قال : بمتك ثوبى بمشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين . وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك . فأما إذا قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ، ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى ، فالنكاح فاسد ، لأنه صرح بالتشريك ، فلم يصح العقد ، كما لو لم يذكر مسمى .

٥٤١٩ (فصل)

ومتى قلنا بصحة العقد إذا سميا صداقا ففيه وجهان .

أحدهما : تفسد التسمية . ويجب مهر المثل ، وهذا قول الشافعي ، لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه ، فينقص المهر لهذا الشرط ، وهو باطل . فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا^(٢) فبطل

والوجه الذي ذكره القاضى فى الجامع : أنه يجب المسمى ، لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كما لو قال : زوجتك ابنتي على ألف ، على أن لى منها مائة ، والله أعلم .

٥٤٢٠ (فصل)

وإن سمي لإحداها مهراً دون الأخرى ، فقال أبو بكر : يفسد النكاح فيهما ، لأنه فسد في إحداها ، ففسد في الأخرى . والأولى : أنه يفسد فى التى لم يسم لها صداقا ، لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح

(١) رواه مسلم من زيادة ابن نمير (الصحيح ١٠٣٦/٢ حلبى) .

(٢) فى المخطوطة ٢٠ : جهل المسمى .

الأخرى ، ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان ، لأن فيه تسمية وشرطاً ، فأشبهه ما لو سمي لكل واحدة مهراً ، ذكره القاضى هكذا .

(فصل)

٥٤٢١

فإن قال : زوجتك جاريتي هذه ، على أن تزوجني ابنتك ، وتكون رقبتها صداقاً لابنتك ، لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب ، لأنه لم يحمل لها صداقاً سوى تزويج ابنته . وإذا زوجها ابنته على أن يحمل رقبة الجارية صداقاً لها صح ، لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً . وإن زوج عبده امرأة وجعل رقبتها صداقاً لها لم يصح الصداق ، لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح ، فيفسد الصداق ، ويصح النكاح ، ويجب مهر المثل .

﴿مسألة﴾

٥٤٢٢

قال رحمه الله تعالى : «ولا يجوز نكاح المتعة» .

معنى نكاح المتعة : أن يتزوج المرأة مدة ، مثل أن يقول : زوجتك ابنتي شهراً ، أو سنة ، أو إلى انقضاء الموسم ، أو قدوم الحاج ، وشبهه . سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة ، فهذا نكاح باطل . نص عليه أحمد ، فقال : نكاح المتعة حرام .

وقال أبو بكر فيها رواية أخرى : أنها مكروهة غير حرام ، لأن ابن منصور سأل أحمد عنها ؟ فقال : يحقنها أحب إلى ، قال : فظاهر هذا الكراهة دون التحريم . وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ، ويقول : في المسألة رواية واحدة في تحريمها . وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء . ومن روى عنه تحريمها : عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود ، وابن الزبير . قال ابن عبد البر : وعلى تحريم المتعة : مالك في أهل المدينة ، وأبو حنيفة في أهل الكوفة ، والأوزاعي في أهل الشام ، والليث في أهل مصر . والشافعي وسائر أصحاب الآثار . وقال زفر : يصح النكاح ، ويبطل الشرط .

وحكى عن ابن عباس : أنها جائزة ، وعليه أكثر أصحابه : عطاء ، وطاوس . وبه قال ابن جريج ، وحكى ذلك عن أبي سعيد الخدري ، وجابر ، وإليه ذهب الشيعة ، لأنه قد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فيها ، وروى أن عمر قال : « متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أفأنهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء ، ومتعة الحج » ، ولأنه عقد على منفعة فيكون مؤقّتاً كالإجارة .

ولنا : ما روى الربيع بن سبرة ، أنه قال : أشهد على أبي أنه حدّث أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه في حجة^(١) الوداع^(٢) . وفي لفظ : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم متعة النساء » ، رواه أبو دواد

(١) رواه أبو دواد ج ١ ص ٤٧٩ (ف) . (٢) وفي سنن ابن ماجه ١/٦٣٠ ح ١٩٥٢ أنه

صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة يوم خيبر . وانظر (مجمع الزوائد ٤/٢٦٦ قدس) .

وفي لفظ رواء ابن ماجة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حرم للمتعة ، فقال : يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع ، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة »^(١) . وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الأهلية » رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة : النسائي^(٢) وغيره .

واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين . فقال قوم : في حديث علي تقديم وتأخير ، وتقديره أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميعات النهي عنها ، وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع ، حكاة الإمام أحمد عن قوم . وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي : لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ، ثم أحله ثم حرمه إلا المتعة . فحمل الأمر على ظاهره ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ، ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ، ثم حرمها ، ولأنه لا تتعلق به أحكام النكاح من الطلاق ، والظهار ، واللعان ، والتوارث ، فكان باطلا كسائر الأنكحة الباطلة . وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه ، وروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير ، قال : قلت لابن عباس : لقد كثرت القالة في المتعة ، حتى قال فيها الشاعر :

أقول وقد طال الثواء بنا معا يا صاح هل لك في فقيها ابن عباس ؟
هل لك في رخصة الأطراف آنسة تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً وقال : « إن المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير »^(٣)

فأما إذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخه ، وأما حديث عمر — إن صح عنه — فالظاهر أنه ربما قصد الإخبار عن تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لها ، ونهيه عنها ، إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي صلى الله عليه وسلم أباحه ، وبقي على إباحته .

(فصل)

٥٤٢٣

وإن تزوجها بغير شرط إلا أن في نيته طلاقها بعد شهر ، أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد ، فالنكاح

(١) رواية ابن ماجة عن ابن أبي شيبه من حديث الربيع بن سبرة عن أبيه من حديث طويل . انظر (السنن

٦٣١/٢ حلي ١٩٥٢ م) .

(٢) الموطأ ٥٤٢/٣ حلي نشر فؤاد عبد الباقي . والنسائي ٩٠/٣ ميمية . والبخاري في كتاب المغازي .

(٣) في مجمع الزوائد ٢٦٥/٤ أن ابن عباس قال : (إنا لله وإنا إليه راجعون والله ما بهذا أفتيت ، ولا هذا

أردت ، ولا أحلت منها إلا ما أحل الله من الميتة ولحم الخنزير) قال الهيثمي : ورواه الطبراني . وفيه الحجاج بن أرتاة ، وهو ثقة ، لكنه مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

صحيح . في قول عامة أهل العلم إلا الأوزاعي ، قال : هو نكاح متممة ، والصحيح أنه لا بأس به ، ولا تضر نيته ، وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ، وحسبه إن وافقته وإلا طلقها .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٢٤

قال ﴿ ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينعقد النكاح ﴾

يعنى : إذا تزوجها على أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح ، سواء كان معلوماً أو مجهولاً ، مثل أن يشترط عليها طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها . وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، ويبطل الشرط ، وهو أظهر قول الشافعى ، قاله في عامة كتبه ، لأن النكاح وقع مطلقاً ، وإنما شرط على نفسه شرطاً ، وذلك لا يؤثر فيه ، كما لو شرط ألا يتزوج عليها ، ولا يسافر بها .

ولنا : أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح ، فأشبهه نكاح المتعة . ويفارق ما قاسوا عليه ، فإنه لم يشترط قطع النكاح .

﴿ المسألة ﴾

٥٤٢٥

قال ﴿ وكذلك إن شرط عليه أن يحملها لزوج كان قبله ﴾

وجملته : أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والنخعى ، وقتادة ، ومالك ، والليث ، والثورى ، وابن المبارك ، والشافعى . وسواء قال : زوجتكما إلى أن تطأها ، أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما ، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها . وحكى عن أبي حنيفة : أنه يصح النكاح ، ويبطل الشرط . وقال الشافعى في الصورتين الأوليين : لا يصح ، وفي الثالثة على قولين .

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لعن الله المحلل والمحلل له » . رواه أبو داود وابن ماجه^(١) ، والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح^(٢) . والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، منهم : عمر بن الخطاب ، وعثمان ، وعبد الله بن عمر . وهو قول الفقهاء من التابعين . وروى ذلك عن على ، وابن مسعود ، وابن عباس . وقال ابن مسعود : « المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم » .

وروى ابن ماجه ، عن عقبة بن عامر : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا أخبركم بالتيس المستعار

(١) سنن ابن ماجه ٦٢٢/١ ج ١ ، ١٩٥٢ م عن الواسطى ، وعن مجاهد من حديث على رضى الله عنه .

(٢) انظر صحيح الترمذى بشرح ابن العربى ٤٢/٥ - ٤٤ . قال الترمذى : حديث على وجابر معلول ليس إسناده بالقائم ، لأن مجاهد بن سعيد ضعفه بعض أهل العلم . منهم أحمد بن حنبل . أما الصحيح فهو رواية ابن مسعود . وهى في الصحيح ٤٤/٥ . (ف)

قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لمن الله المحلل والمحلل له ^(١) ، وروى الأثرم بإسناده عن قبيصة بن جابر ، قال : سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : « والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجتهما » ، ولأنه نكاح إلى مدة ، أو فيه شرط يمنع بقاءه ، فأشبهه نكاح المنة .

(فصل)

٥٤٢٦

فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضا . قال إسماعيل بن سعيد : سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الأول ، ولم تعلم المرأة بذلك ، قال هر : محال ، إذا أراد بذلك الإحلال ، فهو ملعون ^(٢) . وهذا ظاهر قول الصحابة رضی الله عنهم . وروى نافع ، عن عمر : « أن رجلا قال له : امرأة تزوجتها أحلها لزوجها ، لم يأمرني ولم يعلم . قال : لا . إلا نكاح رغبة ، إن أعجبتك أمسكها ، وإن كرهتها فارقها . قال : وإن كنا نعهده على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم سفاحا ^(٣) » وقال : لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة ، إذا علم أنه يريد أن يحلها . وهذا قول عثمان رضي الله عنه ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له : إن عني طلق امرأته ثلاثا ، أیحلها له رجل ؟ قال : « من يخادع الله يخدعه » . وهذا قول الحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وقتادة ، وبكر المزني ، والليث ، ومالك ، والثوري ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : العقد صحيح ، وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولها ، لأنه خلا عن شرط يفسده ، فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الإحلال ، أو ما لو نوت المرأة ذلك ، ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد ، بدليل ما لو اشترى عبدا فشرط أن يبيعه لم يصح ، ولو نوى ذلك لم يبطل . ولأنه روى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته . وروى أبو حفص بإسناده عن محمد بن سيرين ، قال : « قدم مكة رجل ومعه إخوة له صغار ، وعليه إزار من بين يديه رقعة ، ومن خلفه رقعة ، فسأل عمر فلم يعطه شيئا ، فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته

(١) ابن ماجه ٦٢٢/١، ٦٢٣ حلي عن يحيى بن عثمان من حديث عقبه بن عامر . وفي إسناده مشرح بن عاهان . ذكره ابن حبان في الثقات وقال : يخطئ ويخالف . وذكره في الضعفاء وقال : يروى عن عقبه مناكير لا يتابع عليها . وقال ابن يونس كان في جيش الحجاج الذين رموا الكعبة . ووثقه ابن معين والذهبي . وقال ابن حبان : الصواب ترك ما انفرد به .

(٢) في للخطوطة ٢٠ : وهو ملعون .

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ١٩٩ وقال . هذا حديث على شرط الشيخين . ولم يخرجاه . ورواه الطبرانی في الأوسط (ف) .

فطلقتها ، فقال لها : هل لك أن تعطى ذا الرقعتين شيئا ويملك لى ؟ قالت : نعم ، إن شئت . فأخبروه بذلك . قال : نعم . وتزوجها ، ودخل بها . فلما أصبحت أدخلت إخوته الدار ، فجاء القرشى يحوم حول الدار ويقول : يا وَيْلَهُ غُلِبَ على امرأته . فأتى عمر ، فقال : يا أمير المؤمنين غُلِبَتْ على امرأتى . قال : من غلبك ؟ قال : ذو الرقعتين . قال : أرسلوا إليه ، فلما جاءه الرسول ، قالت له المرأة : كيف موضعتك من قومك ؟ قال : ليس بموضعى بأس . قالت : إن أمير المؤمنين يقول لك : طلق امرأتك . فقل : لا . والله لا أطلقها ، فإنه لا يُكْرَهُك ، وألبسته حلة ، فلما رآه عمر من بعيد . قال : الحمد لله الذى رزق ذا الرقعتين ، فدخل عليه فقال : أتطلق امرأتك ؟ قال : لا . والله لا أطلقها . قال عمر : لو طلقتها لأوجعت رأسك بالسوط « رواه سعيد ، عن هشام ، عن يونس بن عبيد ، عن ابن سيرين نحوه . هذا . وقال : من أهل المدينة ، وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ، ولم يرب به عمر بأسا .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » . وقول من سمينا من الصحابة ، ولا يخالف لهم ، فيكون إجماعا ، ولأنه قصد به التحليل ، فلم يصح ، كما لو شرطه . وأما حديث ذى الرقعتين ، فقال أحمد : ليس له إسناد ، يعنى أن ابن سيرين لم يذكر إسناذه إلى عمر ، وقال أبو عبيد : هو مرسل ، فأين هو من الذى سمناه بخطب على المنبر : « لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجتهما » ؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ، ولا نواه ، وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع .

(فصل)

٥٤٢٧

فإن شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة ، صح العقد ، لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح ، كما لو لم يذكر ذلك ، وعلى هذا يحمل حديث ذى الرقعتين ، وإن قصدت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك فى العقد . وقال الحسن وإبراهيم : إذا هم أحد الثلاثة ، فسد النكاح . قال أحمد : كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون فى ذلك . قال أحمد : الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم : « أتريدن أن ترجعى إلى رفاعه ؟ » ونية المرأة ليس بشيء ، إنما قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : « لعن الله المحلل والمحلل له » . ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذى إليه المفارقة والإمساك ، أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئا من العقد ولا من رفعه ، فهو أجنبي كسائر الأجانب .

فإن قيل : كيف لعنه النبي صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل ، لأنها لم تحل له ، فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك .

(فصل)

٥٤٢٨

فإن اشترى عبداً فزوجها إياه ، ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكها له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل : إذا طائفها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجها إياه فهذا الذي نهى عنه عمر ، يؤذيان جميعاً ، وهذا فاسد ليس بكفء ، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فساد بشيئين : أحدهما : شبهه بالحلل ، لأنه إنما زوجه إياها ليحلها له . الثاني : كونه ليس بكفء لها ، وتزويجه لها في حال كونه عبداً أبلغ في هذا المعنى ، لأن العبد في عدم الكفاءة أشد من المولى ، والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من غير إرادته ، بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه ، والمولى بخلاف ذلك .

ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل ، لأن المعتبر في الفساد نية الزوج ، لانية غيره ، ولم ينو ، وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة ، لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته .

(فصل)

٥٤٢٩

ونكاح المحلل فاسد ، يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ، ولا يحصل به الإحصان ، ولا الإباحة للزوج الأول ، كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة . فإن قيل : فقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم محلاً ، وسمى الزوج محلاً له ، ولو لم يحصل الحل لم يكن محلاً له . قلنا : إنما سماه محلاً لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل ، كما قال صلى الله عليه وسلم : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » . وقال الله تعالى : « يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا »^(١) ولو كان محلاً في الحقيقة والآخر محلاً له ، لم يكونا ملعونين .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٣٠

قال رحمه الله : ﴿ وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره ، أو عقد نكاحاً المحرم على محرمة ، فالنكاح فاسد ﴾

وجملته : أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ، ككفرته ولياً أو وكيلًا ، فإنه

لا يصح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « لَا يُنْكَحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ وَلَا يَخْطُبُ »^(١) رواه مسلم^(٢) . وإن عقد الحلال نكاحاً لمحرماً بأن يكون وكيله ، أو ولياً عليه ، أو عقده على محرمة لم يصح ، لدخوله في عموم الحديث ، لأنه إذا تزوج له وكيله فقد نكح .

وحكى القاضى فى كونه المحرم ولياً لغيره روايتين .

إحداها : لا تصح ، وهى اختيار الخرق .

والثانية : تصح ، وهى اختيار أبى بكر ، لأن النكاح حرم على المحرم لأنه فى دواعى الوطء . المفسد للحجج ، ولا يحصل ذلك فيه بكونه ولياً لغيره ، والأول أولى ، لدخوله فى عموم الخبر ، ولأنه عقد لا يصح للمحرم ، فلا يصح منه كسراء الصيد ، ولقد مضت هذه المسألة فى الحجج بأبسط من هذا الشرح .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٣١

قال رحمه الله ﴿ وأى الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً ، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء ، أو الرجل مجنوناً ، فلن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار فى فسخ النكاح ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

الأول

٥٤٣٢

أن خيار الفسخ ثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجره فى صاحبه فى الجملة . روى ذلك عن عمر بن الخطاب ، وابنه ، وابن عباس ، وبه قال جابر ، والشافعى ، وإسحاق . وروى عن علي : « لا ترد الحرة بعيب » . وبه قال النخعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى ، وعن ابن مسعود : « لا يفسخ النكاح بعيب » ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه . إلا أن يكون الرجل مجرباً ، أو عتياً ، فإن المرأة الخيار . فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ، ولا يكون فسخاً ، لأن وجود العيب لا يقتضى فسخ النكاح كالعيب والزمانة ، وسائر العيوب .

ولنا : أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء ، فأثبت الخيار كالجَبِّ والعنة ، ولأن المرأة أحد العوضين فى النكاح ، فجاز رده بالعيب كالصداق ، أو أحد العوضين فى عقد النكاح ، فجاز رده بالعيب ، أو أحد

(١) أخرجه بهذا اللفظ مسلم فى صحيحه عن عثمان بن عفان ج ٢ ص ١٠٣١ (ف) .

(٢) ورواه الهيثمى فى مجمع الزوائد ٢٦٨/٤ قدسى : من حديث عثمان بن عفان بزيادة (عليه) بعد (ولا يخطب) .

الزوجين ، فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بمقد النكاح وهو الوطء ، بخلاف العيوب المختلف فيها .

فإن قيل : فالجنون ، والجذام ، والبرص لا يمنع الوطء ، قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالسكينة ومسه ، ويخاف منه التمدى إلى نفسه ونسله ، والجنون يخاف منه الجفائية ، فصار كالمانع الحسى .

٥٤٣٣ (الفصل الثانى فى عدد العيوب المجوزة للفسخ)

وهى فيما ذكر الخرق ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهى : الجنون ، والجذام ، والبرص . واثنان يختصان الرجل وهما : الجب ، والعفة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهى : الفتق والقرن ، والعقل . وقال القاضى : هى سبعة ، جمل القرن والعقل شيئاً واحداً ، وهو الرتق أيضاً ، وذلك لحم ينبت فى الفرج . وحكى ذلك عن أهل الأدب ، وحكى نحوه عن أبى بكر ، وذكره أصحاب الشافعى . وقال الشافعى : القرن : عظم فى الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره : لا يكون فى الفرج عظم ، إنما هو لحم ينبت فيه . وحكى عن أبى حفص أن العفل : كالرغوة فى الفرج يمنع لذة الوطء ، فعلى هذا يكون عيباً نامياً ، وقال أبو الخطاب : الرتق أن يكون الفرج مسدوداً ، يعنى أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل : لحم ينبت فى الفرج فيسدّه ، فهما فى معنى الرتق ، إلا أنهما نوع آخر ، وأما الفتق فهو : انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المنى ، وقيل ما بين القبل والدبر .

وذكرها أصحاب الشافعى سبعة ، أسقطوا منها الفتق ، ومنهم من جعلها ستة ، جمل القرن والعفل شيئاً واحداً .

وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح ، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة فى النفس تمنع قربانه ، ويخشى تمديه إلى النفس والنسل ، فيمنع الاستمتاع . والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره ، والجب والرتق يتعذر معه الوطء ، والفتق يمنع لذة الوطء وفائدته ، وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة .

فإن اختلفا فى وجود العيب مثل أن يكون بحسده بياض يمكن أن يكون بهما ، أو صراراً ، واختلفا فى كونه برصاً ، أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين ، فاختلفا فى كونه جذاماً . فإن كانت للدعى بينة من أهل الخبرة والثقة يشهدان له بما قال ثبت قوله ، وإلا حلف المنكر ، والقول قوله ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه ^(١) » وإن اختلفا فى عيوب النساء أُرِيَتْ

(١) أخرجه الشيخان عن ابن عباس (ف)

النساء الثقات ، ويقبل فيه قول امرأة واحدة ، فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة .
وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحن في الأحيان ، لأن النفس لا تسكن إلى من
هذا حاله ، إلا أن يكون مريضاً يعفى عليه ، ثم يزول ، فذلك مرض لا يثبت به خيار ، فإن زال المرض
ودام به الإغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً ، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به ، فإن بقي منه
ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها ، لأن الوطء يمكن ، وإن اختلفا في ذلك
فالقول قول المرأة ، لأنه يضعف بالقطع ، والأصل عدم الوطء . ويحتمل أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء
في العنة ، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله ، فأشبهه من له ذكر قصير .

(الفصل الثالث)

٥٤٣٤

أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه ، لأنه لا يمنع من الاستمتاع بالمعقود عليه ، ولا يخشى تعديده ، فلم
ينفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ، ولانص في غير هذا
ولا إجماع ، ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق . وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان
أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلآخر الخيار ، قال أبو الخطاب : ويتخرج على ذلك من به الباسور ،
والناسور ، والقروح السيالة في الفرج ، لأنها تثير نفرة ، وتعمد نجاستها ، وتسمى من لا يحبس نجوؤها^(١)
الشريم ، ومن لا يحبس بولها الماشولة ، ومثلها من الرجال الأفين . وقال أبو حفص : والخصاء عيب يرد به ،
وهو أحد قولى الشافعى ، لأن فيه نقصاً وعاراً ، ويمنع الوطء أو يضمفه .

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار «أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصى ، فقال له عمر :
أعلمتها ؟ قال : لا . قال : أعلمها ثم خيرها » .

وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى ، وجهان .

أحدهما : يثبت الخيار ، لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً ، والبخر : نتن الفم ، وقال ابن حامد هو . نتن في
الفرج يشور عند الوطء ، وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخراً ، ويثبت الخيار ، وإلا فلا معنى له ، فإن
نتن الفم يسمى بخراً ، ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره ، وما عدا هذا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً ،
كالقرع ، والعمى ، والعرج ، وقطع اليدين ، والرجلين ، لأنه لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديده ، ولا نعلم
في هذا بين أهل العلم خلافاً إلا أن الحسن قال : إذا وجد الآخر عتياً بخيراً ، وأحب أحمد تبين أمره ،

(٢) العجو ما خرج من البطن من ريج أو غائط (ف) .

وقال : عسى امرأته تريد الولد ، وهذا في ابتداء الفكاك . فأما الفسخ فلا يثبت به ، ولو ثبت بذلك لثبت في الآية ، ولأن ذلك لا يعلم ، فإن رجلا لا يولد لأحدهم وهو شاب ، ثم يولد له وهو شيخ ، فلا يتحقق ذلك منهما ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله وأعلم .

(الفصل الرابع)

٥٤٣٥

أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيباً ، وبه عيب من غير جنسة ، كالبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فالكل واحد منهما الخيار لوجود سببه ، إلا أن يجد المجهوب المرأة رتقاء فلا يفنى أن يثبت لها الخيار ، لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع ، وإنما امتنع لعيب نفسه . وإن وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ففيه وجهان . أحدهما : لا خيار لها ، لأنها متساويان ، ولا مزبة لأحدهما على صاحبه ، فأشبهها الصحيحين . والثاني : له الخيار لوجود سببه ، فأشبهه ما لو غر عبد بأمه .

(فصل)

٥٤٣٦

وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان .

أحدهما : يثبت الخيار ، وهو ظاهر قول الخرقى ، لأنه قال : فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها ، لأنه عيب في الفكاك يثبت الخيار مقارناً ، فأثبت طارئاً كالإعسار وكارق ، فإنه يثبت الخيار إذا قارن ، مثل أن تفر الأمة من عبد ، ويثبت إذا طرأت الحربة ، مثل أن أعتقت الأمة تحت العبد ، ولأنه عقد على مذبذبة ، فحدث العيب بها يثبت الخيار كالإجارة .

والثاني : لا يثبت الخيار ، وهو قول أبي بكر ، وابن حامد . ومذهب مالك ، لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد . أشبه الحادث بالمبيع . وهذا ينقض بالعيب الحادث في الإجارة . وقال أصحاب الشافعي . إن حدث بالزوج ثبت الخيار ، وإن حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين . والآخر لا يثبت به ، لأن الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة .

ولنا : أنهما تساويا فيما إذا كان العيب سابقاً ، فتساويا فيه لاحقاً كالمبتاعين .

(فصل)

٥٤٣٧

ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب : ألا يكون عالماً بها وقت العقد ، ولا يرضى بها بعده ، فإن علم بها في العقد أو بعده فراضى فلا خيار له . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنه رضى به ، فأشبهه مشتري المبيع ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً ، كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه ، فلا خيار له أيضاً . لأنه من جنس مارضى به ، وإن رضى بعيب فبان به غيره فله الخيار ، لأنه وجد به عيباً لم يرض به ، ولا بخفيه فثبت له الخيار ، كالبيع إذا رضى بعيب فيه فوجد به غيره . وإن رضى بعيب فزاد بعد العقد ، كأن كان به

قابل من البرص فانبسط في جلده ، فلا خيار له ، لأن رضاه به رضى بما يحدث منه .

(فصل)

٥٤٣٨

وخيار العيب ثابت على التراخى ، لا يسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول ، والاستمتاع من الزوج ، أو التمسكين من المرأة . هذا ظاهر كلام الخرقى ، لقوله : فإن علمت أنه عنين فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد فلها ذلك ، وذكر القاضى : أنه على الفور ، وهو مذهب الشافعى ، فتنى آخر الفسخ مع العلم والإمكان بطل خياره ، لأنه خيار الرد بالعيب ، فكان على الفور كالفى فى البيع .

ولنا : أنه خيار له لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخى ، كخيار القصاص ، وخيار العيب فى المبيع بمنه . ثم الفرق بينهما : أن ضرره فى المبيع غير متحقق ، لأنه قد يكون المقصود مالهية ، أو خدمته ، ويحصل ذلك مع عيبه ، وههنا المقصود الاستمتاع ، ويفوت ذلك بعيبه . وأما خيار الحبرة والشفعة والمجلس فهو لدفع ضرر غير متحقق .

(فصل)

٥٤٣٩

ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه مجتهد فيه ، فهو كفسخ العنة ، والفسخ للإعسار بالنفقة . ويخالف خيار المعلقة ، فإنه متفق عليه .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٤٠

قال ﴿ وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر ، وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف ، وكان له أن يفسخ وعليه المهر ، يرجع به على من غره ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصول أربعة :

(أحدها)

٥٤٤١

أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه ، سواء كانت من الزوج أو المرأة ، وهذا قول الشافعى ، لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها ، فسقط مهرها ، كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلست به بالإخفاء ، فصار الفسخ كأنه منها ، فإن قيل : فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لحصوله بتدليسه ؟ قلنا : العوض من الزوج فى مقابلة منافعها ، فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها ، وليس من جهتها عوض فى مقابلة منافع الزوج ، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها ، لا لئتمذر ما استحققت عليه فى مقابلته عوضا فافترقا .

(الفصل الثانى)

٥٤٤٢

أن الفسخ إذا كان بعد الدخول فلها المهر ، لأن المهر يجب بالعقد ، ويستقر ، بالدخول ، فلا بسطة

بمحدث بعده ، ولذلك لا يسقط بردها ، ولا يفسخ من جهتها ، ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضى فى المجرّد فيه روايتين .

إحداهما : يجب المسمى . والأخرى : مهر المثل ، بناء على الروايتين فى العقد الفاسد . وقال الشافعى : الواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى العقد فصار كالعقد الفاسد .

ولنا : أنها فرقة بعد الدخول فى نكاح صحيح ، فيه مسمى صحيح ، فوجب المسمى كغير المعيبة ، وكالمعقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح : أنه وجد بشروطه وأركانها فكان صحيحاً ، كما لو لم يفسخه ، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً ، فكذلك إذ فسخه ، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد ، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول ، وسائر أحكام الصحة ، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إبقاؤه ، وتعين فسخه ، وما ذكره غير صحيح ، فإن الفسخ يثبت حكمه فى حينه غير سابق عليه ، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها ، وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يصر العقد فاسداً ، ولا يكون النماء لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح .

(الفصل الثالث)

٥٤٤٣

إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخول بالمرأة ، أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ ، لأنه رضى بإسقاط حقه ، فسقط ، كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا فى العلم فالقول قول من ينكره ، لأن الأصل عدمه .

(الفصل الرابع)

٥٤٤٤

أنه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر : فيه روايتان .

إحداهما : يرجع به .

والأخرى : لا يرجع .

والصحيح أن المذهب رواية واحدة ، وأنه يرجع به ، فإن أحمد قال : كنت أذهب إلى قول على فهبته ، فلت إلى قول عمر : « إذا تزوجها فرأى جذاماً أو برصاً فإن لها المهر بمسيسة إياها ، ووليها ضامن للصدّق » وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول ، وبه قال الزهرى ، وقتاده ، ومالك ، والشافعى فى القديم . وروى عن على أنه قال : لا يرجع ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعى فى الجديد ، لأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء ، فلا يرجع به على غيره ، كما لو كان المبيع معيباً فأكله .

ولنا ما روى مالك ، عن يحيى بن سعيد ، عن سعيد بن المسيب ، قال عمر ابن الخطاب : « أيما رجل تزوج بامرة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرم على وإياها » ، ولأنه غره

في النكاح بما يثبت به الخيار ، فساكن المهر عليه كما لو غره بجرية أمة ، فإذا ثبت هذا ، فإن كان الولي علم غرم ، وإن لم يكن علم فالتفريز من المرأة ، فيرجع عليها بجميع الصداق . فإن اختلفوا في علم الولي فشهدت بيئته عليه بالإقرار بالعلم ، وإلا فالقول قوله مع يمينه ، قال الزهرى ، وقتادة : إن علم الولي غرم ، وإلا استحلل بالله العظيم إنه ما علم ، ثم هو على الزوج .

وقال القاضى : إن كان أبا أو جدا أو بمن يجوز له أن يراها فالتفريز من جهته ، علم أو لم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تقم بيئته بإقراره فالقول قوله ^(١) ، ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك ، إلا أنه قال : إذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به ، لثلاث تصير كاللوهوبة ، وللشافعى قولان كقول مالك والقاضى .

ولنا : على أن الولي إذا لم يعلم لا يفرم : أن التفريز من غيره . فلم يفرم . كما لو كان ابن عم . وعلى أنه يرجع بكل الصداق : أنه مغرور منها ، فرجع بكل الصداق ، كما لو غره الولي ، وقولهم : لا ينفى على من يراها لا يصح ، فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ، ولا يحل له رؤيتها ، وكذلك العيوب تحت الثياب ، فصار في هذا كمن لا يراها . إلا في الجنون فإنه لا يكاد ينفى على من يراها ، إلا أن يكون غائبا ، وأما الرجوع بالمهر فإنه لسبب آخر ، فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه ، بخلاف اللوهوبة .

(فصل)

٥٤٤٥

إذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ، ولا يرجع به ، لأنه رضى بالتزام نصف الصداق ، فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ، ولا يرجع به على أحد ، لأن سبب الرجوع الفسخ ، ولم يرد ، وههنا استقر الصداق بالموت ، فلا يرجع به .

مسألة

٥٤٤٦

قال ﴿ ولا سكنى لها ولا نفقة لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة زوجها له عليها الرجعة ﴾ إنما كان كذلك لأنها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ، ولا يستحق زوجها عليها رجعة ، فلم تجب لها سكنى ولا نفقة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس : « إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان زوجها عليها الرجعة » . رواه النسائي ، وهذا إذا كانت حائلا ، فإن كانت حاملا فلها النفقة ، لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها ، فكانت لها النفقة كالطالقة ثلاثا ، والمختلعة ، وفي السكنى روايتان . وقال القاضى : لا نفقة لها إن كانت حاملا في أحد الوجهين ، لأنها بائن من نكاح فاسد ، وكذلك

(١) في الشرح الكبير ٥٨٣/٧ (مع يمينه) (ف) .

قال أصحاب الشافعى فى أحد الوجهين ، وفى الآخر : لها النفقة ، لأن النفقة للحمل ، والحمل لاحق به ، وينبوه على أن النكاح فاسد ، وقد بينا صحته فيما مضى .

(فصل)

٥٤٤٧

وليس لولى الصغيرة والصغير وسيد الأمة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب^(١) ، لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ ، ولا حظ لهم فى هذا العقد . فإن زوجهم مع العلم بالمعيب لم يصح النكاح ، لأنه عقد لم يجرى عقده ، فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة . وإن لم يعلم بالمعيب صح ، كما لو اشترى لهم معييباً لا يعلم عيبه ، ويجب عليه الفسخ إذا علم ، لأن عليه النظر لهم بما فيه الحظ ، والحظ فى الفسخ . ويحتمل ألا يصح النكاح ، لأنه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح ، كما لو زوجهم بمن يحرم عليهم .

(فصل)

٥٤٤٨

وأيس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف فعله ، لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد ، فالامتناع أولى . وإن أرادت أن تزوج معييباً فله منعهما فى أحد الوجهين .

قال أحد : ما يعجبنى أن يزوجها بمنين ، وإن رضيت الساعة تسكره إذا دخلت عليه ، لأن من شأنهن النكاح ، ويعجبن من ذلك ما يعجبنا . وذلك الضرر فى هذا دائم ، والرضى غير موقوف بدوامه ، ولا يمكن من التخلص إذا كانت عالة فى ابتداء العقد ، وربما أفضى [ذلك] إلى الشقاق والمداوة فيتضرر وليها وأهلها . فلك الولى منعهما ، كما لو أرادت نكاح من ليس بكفء .

والثانى : ليس له منعهما ، لأن الحق لها . وقال القاضى : له منعهما من نكاح المجنون ، وليس له منعهما من نكاح المجبوب والعنين ، لأن ضررها عليها خاصة . وفى الأبرص والمجدوم وجهان . أحدهما : لا يملك منعهما ، لأن الحق لها ، والضرر عليها ، فأشبهها المجبوب والعنين .

والثانى : له منعهما ، لأن عليه ضرراً ، فإنه يتمير به ويخشى تعديبه إلى الولد ، فأشبهه التزويج بمن لا يكافئها ، وهذا مذهب الشافعى . والأولى أن له منعهما فى جميع الصور ، لأن عايبها فيه ضرراً دائماً ، وعاراً عليها وعلى أهلها ، فلك منعهما منه كالنزويج بغير كفء .

فأما إذا انتفع على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح ، لأن الحق لها ، ولا يخرج عنهما . وبكره لها ذلك ، لما ذكره الإمام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تسكره فيما بعد . ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعهما من هذا التزويج ، لأن العار يلحق بهم ويتألم الضرر . فأشبه مالو زوجها بغير كفء . فأما إن حدث العيب بالزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ ، لأن حقه فى ابتداء العقد لافى دوامه

ولهذا لودعت وإليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها، ولو اعتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ.

٥٠٤٩

﴿مسألة﴾

قال ﴿وإذا اعتقت الأمة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح﴾

أجمع أهل العلم على هذا. ذكره ابن المنذر، وابن عبد البر، وغيرهما. والأصل فيه خبر بريرة. قالت: عائشة «كأنت بريرة، فخيرها رسول الله عليه وسلم في زوجها، وكان عبداً، فاختارت نفسها — قال عروة: ولو كان حراماً ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم» ^(١) رواه مالك وأبو داود النسائي، ولأن عليهما ضرراً في كونها حرة تحت العبد، فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر، فبان عبداً، فإن اختارت الفسخ فلها فراقه، وإن رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه، بمد ذلك، لأنها أسقطت حقها. وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله.

٥٠٥٠

(فصل)

وإن اعتقت تحت حر فلا خيار لها. وهذا قول ابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن وعطاء، وسليمان بن يسار، وأبي قلابة وابن أبي ليلى، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق. وقال طاوس، وابن سيرين، ومجاهد، والنخعي، وحامد بن أبي سليمان، والثوري، وأصحاب الرأي: لها الخيار. لما روى الأسود، عن عائشة: «أن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة، وكان زوجها حراً» ^(٢) رواه النسائي، ولأنها كملت بالحرية، فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً.

واسن: أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار، كما لو أسلمت السكتابية تحت مسلم. فأما خبر الأسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد، وعروة: «أن زوج بريرة كان عبداً» وهما أخص بهما من الأسود، لأنهما ابن أخيهما وابن أختها. وقد روى الأعمش، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة: «أن زوج بريرة كان عبداً» فتعارضت روايتاه، وقال ابن عباس: كان زوج بريرة عبداً أسود لبني، المغيرة يقال له مغيث ^(٣) رواه البخاري وغيره. وقالت صفية بنت أبي عبيد: «كان زوج بريرة عبداً» قال أحمد: هذا ابن عباس وعائشة قالا في زوج بريرة: إنه عبد، رواية علماء المدينة وعلمهم، وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء، وإنما يصح أنه حر عن الأسود وحده، وأما غيره فليس بذلك. قال: والعقد صحيح فلا يفسخ بالتحلف فيه، والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه، ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص، فإذا كملت تحته تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر.

(١) النسائي ١٠٢/٢ ميمية. وانظر للوطأ ٥٦٢/٢ حلي نشر فؤاد عبد الباقي.

(٢) انظر (سنن النسائي ١٠٢/٢ ميمية) رواه عن قتيبة عن جرير عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة.

(٣) البخاري ٨٤/٧ منيرة. عن عبد الأعلى. وعن قتيبة بن سعيد من حديث ابن عباس أيضاً.

٥٤٥٢

(فصل)

وفرقة الخيار فسخ ، لا ينقص بها عدد الطلاق . نص عليه أحمد ، ولا أعلم فيه خلافا . قيل لأحمد : لم لا يكون طلاقا ؟ قال : لأن الطلاق مانع من العقد ، ولأنها فرقة لا اختيار المرأة ، فكانت فسخا كالفسخ لعنة وعنه .

٥٤٥٣

﴿مسألة﴾

قال رحمه الله تعالى ﴿فإن أعتق، قبل أن تختار ، أو وطئها ، بطل خيارها ، علمت أن الخيار لها أو لم تعلم﴾

وجملة ذلك : أن خيار المعلقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين ، عتق زوجها أو وطئها لها . ولا يمنع الزوج من وطئها . ومن قال إنه على التراخي : مالك ، والأوزاعي . وروى ذلك عن عبد الله بن عمر ، وأخته حفصة ، وبه قال سليمان بن يسار ، ونافع ، والزهري ، وقتادة ، وحكام بعض أهل العلم عن الفقهاء ^(١) السبعة . وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين : لها الخيار في مجلس العلم ، وللشافعي ثلاثة أقوال . أظهرها : كقولنا . والثاني : أنه على الفور كخيار الشفعة . والثالث : أنه إلى ثلاثة أيام .

ولنا : ما روى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال : سمعت رجلا يتحدثون عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها ، إن شاءت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها » رواه الأثرم أيضا . وروى أبو داود « أن بريرة عتقت وهي عند مغيث ، عهد لآل أبي أحمد ، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها : « إن قربك فلا خيار لك » . ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم . قال ابن عبد البر : لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك ، فنبت كخيار القصاص ، أو خيار لدفع ضرر متحقق . فأشبهه ما قلناه .

إذا ثبت هذا ، فعتق قبل أن تختار سقط خيارها ، لأن الخيار لدفع الضرر بالرق ، وقد زال بعنته ، فسقط كالمبيع إذا زال عيبه . وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم . نص عليه أحمد . وهو قول من سمينا في صدر المسألة . وذكر القاضي وأصحابه : أن لها الخيار وإن أصيبت

(١) الفقهاء السبعة : سعيد بن المسيب ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، وعروة بن الزبير ، وخارجة ابن زيد ، وسليمان بن يسار ، وعبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود . والسابع أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف وقال ابن المبارك : سالم بن عبد الله بن عمر . وقال أبو الزناد : أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام (لقط الدرر ص ٩٧) . (ف)

ما لم تعلم ، فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها . وهذا قول عطاء ، والحكم ، وحاد ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا ، فهو كما لو لم تصب .

ولذا : ما تقدم من الحديث . وروى مالك ، عن ابن شهاب ، عن عروة ، « أن مولاة ابني عدى يقال لها زبراء ، أخبرته أنها كانت تحت عهد فعتقت ، قالت : فأرسلت إلى حفصة فدعتني ، فقالت : إن أمرك بيدك ما لم يسك زوجك ، فإن مسك فليس لك من الأمر شيء . فقالت : هو الطلاق ثم الطلاق^(١) ، ففارقته ثلاثا . وقال مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر : « إن لها الخيار ما لم يسها » ، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ، ولا تفريع على هذا القول .

فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق ، وهي ممن يجوز خفاء ذلك عايبها ، مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم ذلك . وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عايبها لكونها في بلد واحد ، وقد اشتهر ذلك ، لم يقبل قولها ، لأنه خلاف الظاهر . وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار ، فالقول قولها ، لأن ذلك لا يملعه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه . وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان .

(فصل)

٥٤٥٤

فإن اعتق العبد والأمة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله ، سواء أعتقها رجل واحد أو رجلان . نص عليه أحمد . وعنه : لها الخيار . والأول أولى ، لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ ، فالمقارنة أولى ، كإسلام الزوجين ، وعن أحمد : إذا عتقا معا انفسخ النكاح . معناه والله أعلم : أنه إذا وهب العبد سرية ، وأذن له في التسري بها ، ثم أعتقها جميعا ، صارا حرين ، وخرجت عن ملك العبد ، فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد . هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبد سرية ، أو اشترى له سرية ، ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد . واحتج أحمد على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر « أن عبدا له كان له سريتان ، فأعتقهما ، فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد » ، ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة ، فلم يباح له التسري بها كالحرية الأصلية . وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك ، لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها ، فلا ينفسخ بإعتاقها معا أولى . ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله : انفسخ

(١) تكرر في كتاب المغنى لفظ (الطلاق مرتين) ولا يتلاءم مع قوله (ففارقته ثلاثا) ورواية الموطأ تكشف ما هنا من نقص فنيح ج ٢ ص ٢٢ (فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق . ثم الطلاق . ففارقته ثلاثا) (ف)

نكاحها : أن لها فسخ النكاح . وهذا تخريج على الرواية التي تقول : بأن لها الفسخ إذا كانت زوجها حراً .

(فصل)

٥٤٥٥

ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فأراد عتقهما البداية بالرجل ، لثلاثي ثبوت المرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه ، وقد روى أبو داود ، والأثرم ، بإسنادهما عن عائشة : « أنه كان لها غلام وجارية ، فتزوجا ، فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم : إني أريد أن أعتقهما ، فقال لها : « فابدئي بالرجل قبل المرأة » ^(١) وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك ، وقالت للرجل : « إني بدأت بعتقك لثلاثي يكون لها عليك خيار »

(فصل)

٥٤٥٦

إذا عتقت المجنونة والصغيرة فلا خيار لها في الحال ، لأنه لا عقل لها ، ولا قول معتبر ، ولا يملك وليهما الاختيار عنهما ، لأن هذا طريقه الشهوة ، فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص .

فإذا بلغت الصغيرة ، وعتقت المجنونة فلهما الخيار حينئذ ، لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم ، وهذا الحكم فيما لو كان بزواجهما عيب يوجب الفسخ ، فإن كان زواجهما قد وطئتهما فظاهر كلام الخرق : أنه لا خيار لها ، لأن مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه : لها الخيار ، لأنه لا رأى لها فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلاً على الرضى ، بخلاف الكبيرة العاقلة ، ولا يمنع زواجهما من وطئهما .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٥٧

قال رحمه الله ﴿ فإن كانت لنفسين فأعتق أحدهما فلا خيار لها إذا كان المعتق معسراً ﴾

إنما شرط الإعسار في المعتق لأن المومر يسرى عتقه إلى جميعها ، فتصير حرة ، ويثبت لها الخيار ، والمعسر لا يسرى عتقه ، بل يعتق منها ما أعتق ، وباقيها رقيق ، فلا تسكمل حريتها ، فلا يثبت لها الخيار حينئذ . وهذا قول الشافعي . وعن أحمد : أن لها الخيار ، حكاه أبو بكر واختارها ، لأنها أكل منه ، فإنها ترث وتورث ، وتجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الخرق : أنه لا نص في المعتق ببعضها ، ولا هي في معنى الحرية الكاملة ، لأنها كاملة الأحكام . وأيضاً ما علل به أحمد : وهو . أن العقد صحيح ، فلا يفسخ بال مختلف فيه ، وهذه مختلف فيها .

(١) ذكر رواية أبي داود بالمعنى ولفظها في سننه ج ١ ص ٥١٨ (ف)

٥٤٥٨

(فصل)

ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدائق عشرين ، ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ، ثم مات ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت ، لأنها تخرج من الثالث ، ولها الخيار . وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال ، وفي الخيار لها وجهان . فكلما اقتضى من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه ، فإذا استوفى كله عتقت كلها ، ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك . فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ ، لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها . وعلى قول الخرقي لا يبطل ، لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها . فأشبهه ما لو مكنت منه قبل عتقها . فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار على قول الخرقي ، لأن فسخا النكاح يسقط به صداقها ، فيعجز الثالث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ، ويسقط خيارها ، فيفنى إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط . وهذا مذهب الشافعي . وعند أبي بكر لها الخيار ، فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها ، وعلى قول من أسقطه يمتق ثلثها .

٥٤٥٩

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد ، وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن اختارته بعد الدخول فالمهر للسيد ﴾

وجملته : أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده ، أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمهر واجب ، لأنه واجب بالمقد . فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد الدخول فقد استقر بالدخول ، فلم يسقط بشيء ، وهو للسيد في الحالين . لأنه وجب بالمقد في ملكه ، والواجب المسمى في الحالين ، سواء كان الدخول قبل المتق أو بعده . وقال أصحاب الشافعي : إن كان الدخول قبل المتق أو بعده فالواجب المسمى ، وإن كان بعده فالواجب مهر المثل ، لأن الفسخ استند إلى حالة المتق ، فصار الوطء في نكاح فاسد .

ولنا أنه عقد صحيح ، فيه مسمى صحيح ، اتصل به الدخول قبل الفسخ ، فأوجب المسمى ، كما لو لم يفسخ ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها ، لأنها حرة حينئذ . وقولهم : إن الوطء في نكاح فاسد ، غير صحيح ، فإنه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ، ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح ، من الإحلال للزوج الأول ، والإحصان ، وكونه حلالاً . وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها . نص عليه أحمد ، وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى : للسيد نصف المهر ، لأنه وجب للسيد ، فلا يسقط بفعله غيره .

ولنا : أن الفرقة جاءت من قبلكما ، فسقط مهرها ، كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعاً ، وقوله « وجب للسيد » قلنا : لكن بواسطتها ، ولهذا سقط نصفه بفسخها ، وجميعه بإسلامها وردتها .

(فصل)

٥٤٦٠

ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً ، لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالقرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب ، والموت لا يوجب ، فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان الفسخ قبل الدخول والقرض فلا شيء إلا على الرواية الأخرى ، وينبغي أن تجب المنة ، لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه .

(فصل)

٥٤٦١

فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم اعتقت فلا خيار لها ، لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ، ولا نكاح ههنا . وإن كان رجوعياً فلها الخيار في العدة ، لأن نكاحها باق ، فيمكن فسخه ، ولها في الفسخ فائدة ، فإنها لا تأمن رجوعه إذا لم يفسخ . فإن قيل : فيفسخ حينئذ ؟ قلنا : إذا احتج إلى عدة أخرى ، وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ، ولم تحتج إلى عدة أخرى . لأنها معتدة من الطلاق ، والفسخ لا ينافيها ، ولا يقطعها ، فهو كما لو طلقها طلاقاً آخرى ، وينبغي^(١) على عدة حرة ، لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها . وقال الشافعي : لا يبطل ، لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة ، وذلك بغير اختيار المقام .

ولنا : أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ ، فصح اختيار المقام ، كصاحب النكاح ، وإن لم تختتر شيئاً لم يسقط خيارها ، لأنه على التراخي ، ولأن سكوتها لا يدل على رضاها ، لاحتمال أنه كان لجريانها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك . فإن ارتجعها فلها الفسخ حينئذ ، فإن فسخت ثم عاد فتزوجها بقيت معه بطنقة واحدة ، لأن طلاق العبد اثنتان . وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طلقتين ، لأنه صار حراً ، فلك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار .

(فصل)

٥٤٦٢

فإن طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها ، أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق ، وقع طلاقه ، وبطل خيارها ، لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح ، فنفذ كما لو لم يعتق . وقال القاضي : طلاقه موقوف ، فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق ، لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار . وإن لم تختتر وقع . وللشافعي

(١) لفظ الشرح الكبير ج ٧ ص ٥٦٠ (وتبنى على عدة حرة) وهو أوضح (ف) .

قولان كهذين الوجهين . وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند إلى حالة العتق، فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ .

ولنا : أنه طلاق من زوج مكلف مختار ، في نكاح صحيح ، فوقع كما لو طلقها قبل عتقها ، أو كما لو لم تختار . وقد ذكرنا أن الفسخ يوجب الفرقة حينئذ ، ولا يجوز تقديم الفرقة عليه ، والحكم لا يتقدم سببه ، ولأن العدة تُدْتَدَأ من حين الفسخ ، لا من حين العتق ، وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح ، يثبت الإحصان والإحلال للزوج الأول ، ولو كان الفسخ سابقاً عليه لا انعكست الحال ، وقول القاضى : إنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح . فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ ، من زيادة وجوب نصف المهر وتقصير العدة عليها ، فإن ابتداءها من حين طلاقه ، لا من حين فسخه . ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع ، وإن لم تختار الفسخ . كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار ، سواء فسخ البائع أو لم يفسخ ، وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً ، فإن كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذى قبل هذا . فعلى قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها ، لأنها بانت بالفسخ ، وإن لم يفسخ فلها نصف الصداق ، لأنها بانت بالطلاق .

(فصل)

٥٤٦٣

وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم ، لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه ، فلم يفتقر إلى حكم كالرد بالعيب في المبيع ، بخلاف الفسخ في النكاح ، فإنه مجتهد فيه ، فافتقر إلى حكم الحاكم ، كالفسخ للإعسار .

(فصل)

٥٤٦٤

فإن اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق . وبهذا قال أبو حنيفة ، والثورى ، والحسن بن حنبل ، والشافعى . وذهب مالك ، والأوزاعى ، والليث ، إلى أنه طلاق بائن . قال مالك : إلا أن تطاق نفسها ثلاثاً فتطاق ثلاثاً ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً ، فلم يبلغنا أن أحداً من الصحابة أنكر ذلك ، ولأنها تملك الفراق فلاكت الطلاق كالرجل .

ولنا : قوله صلى الله عليه وسلم ^(١) « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولأنها فرقة من قبل الزوجة ، فكانت فسخاً ، كما لو اختار دينهما ، أو أرضعت من يفسخ نكاحها برضاها . وفعل زبراء ليس بحجة ، ولم يثبت انقشاره في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت : اخرت نفسى ، أو فسخت النكاح ، انفسخ . ولو قالت : طلقت نفسى ، ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ ، لأنه يؤدي إلى معناه ، وصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق .

(١) أخرجه ابن ماجة والدارقطنى عن ابن عباس (ف) :

٥٤٦٥

(فصل)

وإن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار ، لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ، وكذلك لا تعتبر الكفاءة إلا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقا ، فبانت أمة ، لم يثبت له خيار . ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا ، فبان عبداً ، كان لها الخيار . وكذلك في الاستدامة ، لكن إن أعتق ووجد الطول لحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين تقدم ذكرهما .

٥٤٦٦

(فصل)

وإذا عتقت الأمة فقالت لزوجها : زدني في مهرى ففعل ، فالزيادة لها دون سيدها ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، وسواء عتق معها أو لم يعتق ، نص عليه أحمد فيما إذا زوج عبده من أمته ، ثم أعتقا جميعاً ، فقالت الأمة : زدني في مهرى ، فالزيادة للأمة لا للسيد ، فقيل : أرأيت إن كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال : للأمة .

وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها ، فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني . وقال القاضي : الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب ، لأن من أصابنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الأول ، فتسكون كالمذكورة فيه ، والذي قلناه أصح ، لأن الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنهما ، فيكون لها كسبها والموهوب لها .

وقولنا : إن الزيادة تلحق بالعقد ، معناه : أنها تلزم ، ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقا . وليس معناه : أنا تبيننا أن الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها . فإن هذا محال ، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق ، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه ، لأنه يؤدي إلى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته ، وكان له نماؤه . وهذا أظهر من أن نطيل فيه .

٥٤٦٧

باب أجل العنين والخصى غير المحجوب

العنين هو العاجز عن الإبلاج ، وهو مأخوذ من « عَنَ » أي : اعترض ، لأن ذكره يعن إذا أراد إبلاجه ، أي يعترض . والمعتن الاعتراض . وقيل : لأنه يعن لقبول المرأة عن يمينه وشماله ولا يقصده . فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ، ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ، ويعلم حاله بها . وهذا قول عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وعمر بن دينار ، والنخعي ، وقتادة ، وحماد بن أبي سليمان . وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم : مالك ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والنوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد . وشذ الحكم بن عيينة ، وداود . فقالا : لا يؤجل ، وهي أسرائه . وروى ذلك عن علي رضى الله عنه ، لأن

امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : « يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقى ، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير ، وإنما له مثل هُدْبَةَ^(١) الثوب ، فقال : تريد أن ترجعى إلى رفاعة؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك » . ولم يضرب له مدة .

ولنا : ما روى أن عمر رضى الله عنه أجل العنين سنة . وروى ذلك الدارقطنى بإسناده عن عمر ، وابن مسعود ، والمغيرة بن شعبة . ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حنص عن علي ، ولأنه عيب يمنع الوطاء فأثبت الخيار كالجلب في الرجل ، والرتق في المرأة .

فأما الخبر فلا حجة لم فيه ، فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه وطلب المرأة ذلك ، ولم يوجد واحد منهما . وقد روى أن الرجل أنكر ذلك وقال^(٢) : « إني لأعزُّكها الأديم » . وقال ابن عبد البر : وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه ، فلا معنى لضرب المدة ، وصح ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم : « تريد أن ترجعى إلى رفاعة ؟ ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها : وقيل : إنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة . ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم : « حتى تذوقى عسيلته ؟ »^(٣) والعاجز عن الوطاء لا يحصل منه ذلك .

﴿ — — — آله ﴾

٥٤٦٨

قال ﴿ وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه ، فإن لم يصبرها فيها ، خبرت في المقام معه أو فراقه . فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق ﴾

وجهة ذلك : أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها أمّنة سئل عن ذلك ، فإن أنكر والمرأة عذراء فاقول قولها . وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب . لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته ، والأصل السلامة وقال القاضى : هل يستحلف أولاً ؟ على وجهين ، بناء على دعوى الطلاق . فإن أقر بالعجز أو ثبتت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت يمينه فنكل ثبت عجزه ، ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم . وعن الحارث ابن رييمة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر .

ولنا : قول من سمينا من الصحابة ، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض ، فضررت له سنة لتر به الفصول الأربعة ، فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة ، وإن كان من رطوبة زال في فصل

(١) (مثل هُدْبَةَ الثوب) أى أن ماله رخو مثل طرف الثوب لا يغنى شيئاً (ف)

(٢) رواها البخارى ج ٧ ص ١٩٢ بلفظ (إن لأنقضها تنقض الأديم) أى أجهدوها وأعزكها كما يفعل بالأديم عند دباغته (ف) .

(٣) المسيلة : كناية عن الجماع .

الحرارة ، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال . فإن مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقة .

وحكى عن أبي عبيد أنه قال : أهل الطب يقولون : الداء لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر . وابتداء السنة منذ توافقه . قال ابن عبد البر : على هذا جماعة القائلين بتأجيله . قال معمر في حديث عمر : يؤجل سنة من يوم صرافته ، فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلها الخيار ، فإن اختارت الفسخ لم يحز إلا بحكم الحاكم ، لأنه مختلف فيه ، فإما أن يفسخ ، وإما أن يرده إليها ففسخ هي في قول عامة القائلين به ، ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه ، لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالإعسار . فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق ، وهذا قول الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والثوري : يفرق الحاكم بينهما ، وتكون تطليقه ، لأنه فرقة لعدم الوطء ، فكانت طلاقاً كفرقة المولى .

ولنا : أن هذا خيار ثبت لأجل العيب ، فكان فسخاً كفسخ المشتري : لأجل العيب .

(فصل)

٥٤٦٩

فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يحز إلا بنكاح جديد ، لأنها قد بانت عنه ونفسخ النكاح ، فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث ، نص عليه أحمد . وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً : أنهما لا يجتمعان أبداً ، لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم ، فحرمت النكاح كفرقة اللعان ، والمذهب أنها تحل له ، لأنها فرقة لأجل العيب ، فلم تمنع النكاح كفرقة الممتعة ، والفرقة من سائر الميوس .

وأما فرقة اللعان فإنها حصاة بلغناها قبل تفريق الحاكم ، وهما بخلافه ، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح ، فمنع ابتداءه ، وبوجب الفرقة فمنع الاجتماع ، وهما بخلافه ، ولورضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يحز الفسخ ، فكيف يصح القياس مع هذه الفروق ؟

(فصل)

٥٤٧٠

ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم يضرب له المدة ، لأن ذلك عارض يزول ، والعنة خلقة وجبلة لا تزول ، وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة ، لأنه في معنى من خلق كذلك ، وإن كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال ، لأن الوطء ميؤوس منه ولا معنى لانتظاره ، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة ، لأنه في معنى العنين خلقة ، وإن اختلف في قدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا ؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك .

(فصل)

٥٤٧١

فأما الحصى فإن الخرق ذكره في ترجمة الباب ، ولم يفرد به حكم ، فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه

مق لم يصل إليها أجل ، وإن وصل إليها فلا خيار لها ، لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه ، وقد قيل : إن وطأه أكثر من وطء غيره ، لأنه لا ينزل فيفتر بالإنزال ، وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى ، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والموجور ، وهو الذى رُضت خصيتاه ، والمسلول الذى سُلّت خصيتاه ، فإن الحكم فى الجميع واحد ، فإنه لا ينزل ولا يولد له .

﴿مسألة﴾

٥٤٧٢

قال ﴿ وإن قال : قد علمت أنى عنين قبل أن أنكحها . فإن أفرت أو ثبت ببينة فلا يؤجل وهى امرأته ﴾

وجهة ذلك ، أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد ، مثل أن يعلمها بعفته ، أو تضرب له المدة وهى امرأته ، فينسخ النكاح ، ثم يتزوجها ، ونحو ذلك ، لم تضرب له المدة ، وهى امرأته فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ، والثورى ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأى ، وهو قول الشافعى القديم ، وقال فى الجديد : يؤجل ، لأنه قد يكون عنيها فى نكاح دون نكاح

ولنا : أنها رضيت بالعيب ، ودخلت فى العقد عالة به ، فلم يثبت لها خيار ، كما لو علمته محبوباً ، ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ ، فكذلك إذا رضيت به فى العقد كسائر العيوب ، ولو أنها رضيت بالمقام معه ثم طلقها ثم ارتجعها لم يثبت لها المطالبة ، كذا ههنا . وقولهم : إنها تكون فى نكاح دون نكاح احتمال بعيد ، فإن العنة جيلة وخليفة لاتغير ظاهراً^(١) ، ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة ، فإن ادعى عليها العلم بعفته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها ، لأن الأصل عدم العلم ، وإن أفرت أو ثبت ببينة ، ثبت نكاحها وبطل خيارها .

﴿مسألة﴾

٥٤٧٣

قال ﴿ وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ، ثم طالبت بعد ، فلها ذلك ، ويؤجل سنة من يوم توافقه ﴾

لا نعلم فى هذا اختلافاً . وذلك لأن سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضا ، لأنه زمن لا تملك فيه الفسخ ، ولا الامتناع من استمتاعه ، فلم يكن سكوتها مستقلاً لحقتها ، كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها . ولو سكنت بعد المدة لم يبطل خيارها أيضاً ، لأن الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه إلى الحاكم وثبوت عجزه فلا يضر السكوت قبله .

٥٤٧٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإن قالت في وقت من الأوقات : قد رضيت به عني ، لم يكن لها المطالبة بعد ﴾
وجملة الأمر : أنها متى رضيت به عني بطل خيارها ، سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد
انقضائها ، ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً ، فأما قبلها فإن الشافعي قال
في الجديد : لا يبطل خيارها . لأن حقها في الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة ، فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع
يسقط حقه قبل البيع .

ولنا : أنها رضيت بالعيب بعد العقد ، فسقط خيارها كسائر العيوب ، وكما بعد انقضاء المدة .
وما ذكره غير صحيح ، فإن العنة التي هي سبب الفسخ موجودة ، وإنما المدة ليعلم وجودها ، ويتحقق
علمها ، فهي كالبينة في سائر العيوب ^(١) .

وفارق الشفعة ، فإن سببها البيع ولم يوجد بعد . فإن قيل : فلو رضيت المرأة بالإعسار ثم اختارت
الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ، ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك . قلنا : الفرق بينهما :
أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم ، فإذا رضيت بإسقاط ما يجب لها في المستقبل لم يسقط ، لأنها أسقطته قبل
وجوبه . فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، بخلاف العيب ، ولأن الإعسار يعقبه اليسار ، فترضى بالمقام رجاء
ذلك ، وكذلك المولى يجوز أن يكفر عن يمينه ويطاء ، فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار . فأما العنين إذا
رضيته فقد رضيت بالمعجز من طريق الخلقة ، وهو معنى لا يزول في المادة فافترقا .

﴿مسألة﴾

٥٤٧٥

قال ﴿ وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عني ﴾
أكثر أهل العلم على هذا ، يقولون : متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ، ولم
تضرب له مدة . منهم : عطاء ، وطاوس ، والحسن ، ويحيى الأنصاري ، والزهري ، وعمر بن دينار ،
وقتادة ، وابن هاشم ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي .
وقال أبو ثور : إن عجز عن وطئها أجل لها ، لأنه عجز عن وطئها ، فيثبت حقها ، كما لو جُبَّ بعد الوطء .
ولنا : أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته ، فلم تضرب له مدة كما لو لم
يعجز ، ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد . وأما الحب فإنه
يتحقق به المعجز فافترقا .

(١) في نسخة المقدود. هامش الطبع الثالثة

(فصل —)

٥٤٧٦

والوطء الذى يخرج به عن العنة هو تغيب الحشفة فى الفرج ، لأن الأحكام المتعلقة بالوطء ، تتعلق بتغيب الحشفة ، فكان وطئنا صحيحا ، فإن كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان .
أحدهما : لا يخرج عن العنة إلا بتغيب جميع الباقي ، لأنه لا حدهمنا يمكن اعتباره ، فاعتبر تغيب جميعه ، ولأنه المغنى الذى يتحقق به حصول حكم الوطء .
والثاني : يعتبر تغيب قدر الحشفة ، لا يكون ما يحزى من المقطوع مثل ما يحزى من الصحيح ، وللشافعى قولان كهذين .

(فصل —)

٥٤٧٧

ولا يخرج عن العنة بالوطء فى الدبر ، لأنه ليس بمحل الوطء ، فأشبهه الوطء فيما دون الفرج ، ولذلك لا يفتاق به الإحصان للزوج الأول ، ولا الإحصان ، وإن وطئها فى القبل حائضا ، أو نساء ، أو محرمة ، أو صائمة ، خرج عن العنة ، وذكر الفاضل أن قياس المذهب : ألا يخرج من العنة ، لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان^(١) والإباحة للزوج الأول ، ولأنه وطء محرم ، أشبهه الوطء فى الدبر .
ولنا : أنه وطء فى محل الوطء ، فخرج به عن العنة ، كما لو وطئها وهى مريضة يضرها الوطء ، ولأن العنة المعجز عن الوطء ، ولا يبقى مع وجود الوطء ، فإن المعجز ضد القدرة ، فلا يبقى مع وجود ضده ، وما ذكره غير صحيح ، لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لما منع ، أو لفوات شرط . والعنة فى نفسها أسرحيقى لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء فى الدبر فليس بوطء فى محله ، بخلاف مسألتنا ، وقد اختار ابن عقيل : أنه تنفى به العنة ، لأنه أصعب ، فن قدر عليه فهو على غيره أقدر .

(فصل —)

٥٤٧٨

وإن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة فى حق غيرها . واختار ابن عقيل : أنه يخرج عن العنة فى حق جميع النساء ، ولا تسمع دعاها عليه منها ، ولا من غيرها . وهذا مقتضى قول أبي بكر ، وقول كل من قال : إنه يخرج بتزويج امرأة أخرى . ويحكى ذلك عن سمره ، وعن عمر بن عبد العزيز ، وذلك لأن العنة خلقة وجبة لا تغير بتغير النساء ، فإذا انتفت فى حق امرأة لم تبقى فى حق غيرها .
ولنا : أن حكم كل امرأة معتبرة بنفسها ، ولذلك لو ثبتت عنته فى حق من فرضى بمضنه سقط حكمها

(١) فى المخطوطة ٢٠ : على أن الإحصان لا يحصل به .

وحدها ، دون الباقيات ، ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها ، وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله : كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا : قد تنهض شهوته في حق إحداها لفرط حبه إياها وميله إليها ، واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى . فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ، ثم تزوجها ، فمن عنها ، فلها المطالبة ، لأنه إذا جاز أن يعن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى . وعلى قول أبي بكر ومن وافقه : لا يصح هذا ، بل متى وطئ مرة لم تثبت عنقه أبداً

﴿ مسألة ﴾

٥٤٧٩

قال ﴿ وإن جبّ قبل الحول فلها الخيار في وقتها ﴾

كان الخرقى أراد إذا ضربت له المدة فلم يصحبها حتى جبّ ثبّت لها الخيار في الحال ، لأننا ننظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه ههنا يقيدا ، فلا حاجة إلى الانتظار .

قال القاضي : ويلزم على هذا أن سائر العيوب الحادثة بعد العقد يثبت بها الخيار ، فإن الخيار ههنا إنما يثبت بالجب الحادث ، ولولاه لم يثبت الفسخ ، لأننا لم نتيقن عنقه . والجب حادث ، فلما ثبت الفسخ به عُلِمَ أنه إنما استحق بالعيوب الحادث ، وفي بعض النسخ « قبل الدخول » ، ومعناها واحد ، ويحتمل أنه إنما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث ، لأنه متضمن مقصود العنة في العجز عن الوطء ، ومحقق للمعنى الذي ادعته المرأة ، بخلاف غيره من العيوب والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٨٠

قال ﴿ وإن زعم أنه قد وصل إليها وادعت أنها عذراء أُرِيَتِ النساءُ التفات ، فإن شهدن بما

قالت أجل سنة ﴾

وجملته : أن المرأة إذا ادعت عنة زوجها ، فزعم أنه وطئها وقالت : إنها عذراء ، أُرِيَتِ النساءُ . فإن شهدن بمذرتها فالقول قولهن ويؤجل . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإنما كان كذلك لأن الوطء يزيل عذرتها ، فوجودها يدل على عدم الوطء . فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها ، لأن هذا بعيد جداً ، وإن كان متصوراً . وهل تستحلف المرأة ؟ يحتمل وجهين : أحدهما : تستحلف لإزالة هذا الاحتمال ، كما يستحلف سائر من قلنا : القول قوله .

والآخر : لا تستحلف ، لأن ما يبعد جداً لا التفات إليه ، لاحتمال كذب البيعة العادلة ، وكذب المقر في إقراره ، وهل يقبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين .

وهذا الذي ذكره الخرقى فيما إذا اختلفا في ابتداء الأمر قبل ضرب الأجل ، فإن اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة ، وشهد النساء بمذرتها لم تقطع المدة ، وإن كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف

أنه لم يظأها^(١) ، وفى كل موضع شهد النساء بزوال عذرتها فاقول قوله ، فيسقط حكم قولها ، لأنه تبين كذبها ، وإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر ، فاقول قوله ، لأن الأصل عدم الأسباب .

﴿مسألة﴾

٥٤٨١

قال ﴿ وإن كانت ثيباً وادعى أنه يصل إليها أخلى معها فى بيت ، وقيل له: أخرج ماءك على شيء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار ، فإن ذاب فهو منى ، وبطل قولها ، وقد روى عن أبى عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن القول قوله مع يمينه ﴾

اختلفت الرواية عن أبى عبد الله رحمه الله فى هذه المسألة . فحكى الخرقى فيها روايتين .

إحداها : أنه يخلى معها ، ويقال : أخرج ماءك على شيء ، فإن أخرجه فاقول قوله ، لأن العنين يضعف عن الإنزال ، فإذا أنزل تبين صدقه ، فنحكم به ، وهذا مذهب عطاء ، فإن ادعت أنه ليس بمنى جعل على النار^(٢) ، فإن ذاب فهو منى ، لأنه شبيه ببياض البيض ، وذلك إذا وضع على النار تجمع ويس ، وهذا يذوب ، فيتميز بذلك أحدهما من الآخر ، فيختبر به . وعلى هذا من عجز عن إخراج مائه^(٣) فاقول قول المرأة ، لأن الظاهر معها .

والرواية الثانية : القول قول الرجل مع يمينه . وبهذا قال الثورى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى ، وابن المنذر ، لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، وجنبته أقوى ، فإن دعواه سلامة المقد ، وسلامة نفسه من العيوب ، والأصل السلامة ، فكان القول قوله كالمسكر فى سائر الدعاوى ، وعليه اليمين على صحة ما قال . وهذا قول من سمينا ههنا ، لأن قوله محتمل للكذب ، فتوينا قوله بيمينه ، كما فى سائر الدعاوى التى يستحلف فيها ، فإن نكل قضى عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبى صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

قال القاضى : ويتخرج ألا يستحلف ، بناء على إنكاره دعوى الطلاق ، فإن فيها روايتين ، كذا ههنا . والصحيح ما قال الخرقى لدلالة الخبر والمعنى^(٤) عليه .

وروى عن أحمد رواية ثالثة : أن القول قول المرأة مع يمينها ، حكاه القاضى فى الجرد ، لأن الأصل عدم الإصابة ، فكان القول قولها ، لأن قولها موافق للأصل ، واليقين معها . وفى كل موضع حكما بوطئه

(١) فى المخطوطة ١٨ : بأنه لم يظأها . (٢) فى المخطوطة ٢٠ : جعلناه على النار .

(٣) فى المخطوطة ٢٠ : عجز عن الماء .

(٤) على هامش ٢٠ : كما دل الخبر والمعنى عليه . من نسخة أخرى .

بطل حكم عنته ، فإن كان في ابتداء الأمر لم تضرب له مدة ، وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت ، وإن كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار . وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته ، كما لو أقربها . واختار أبو بكر أنه يزوج امرأة لها حظ من الجمل ، وتمطى صداقها من بيت المال ، ويخلى معها وتسال عنه ، ويؤخذ بما تقول . فإن أخبرت أنه يطاء كذبت الأولى ، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ ، وصداقها من بيت المال ، وإن كذبت فرق بينهما وبينه ، وصداق الثانية من ماله ههنا ، لما روى « ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها ، فكتب إلى معاوية فكتب إليه : أن زوجه بامرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح ، وسق إليها المهر من بيت المال عنه ، فإن أصابها فقد كذبت ، وإن لم يصبها فقد صدقت ، ففعل ذلك سمرة ، فجاءت المرأة فقالت : ليس عنده شيء ، ففرق بينهما » .

وقال الأوزاعي : يشهد امرأتان ، ويترك بينهما ثوب ، ويجمع امرأته ، فإذا قام عنها نظرنا إلى فرجها ، فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق ، وإلا فلا . وحكى عن مالك مثل ذلك ، إلا أنه اكتفى بواحدة . والصحيح : أن القول قوله ، كما لو ادعى الوطء في الإبلاء ، ولما قدمنا . واعتبار خروج الماء ضعيف ، لأنه قد يطاء ولا ينزل ، وقد ينزل من غير وطء ، فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ، ونزول الماء ، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال ، وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يسكون عنيقا ، ولذلك جعلنا مدته سنة ، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ، ولأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى ، ولأن نكاح الثانية إن كان مؤقفاً أو غير لازم فهو نكاح باطل ، والوطء فيه حرام ، وإن كان صحيحاً لازماً ففيه إضرار بالثانية ، ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخايص نفسها ، فهي متهمة فيه ، وليست بأحق أن يقبل قولها من الأولى ، ولأن الرجل لو أقر بالعجز عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنته بذلك . وأكثر ما في الذي ذكره أن يثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه ، فإذا لم تثبت عنته^(٣) بإقراره بعجزه فلا لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٨٢

قال ﴿ وإذا قال الخفى المشكل : أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وكذلك لو سبق فقال : أنا امرأة . لم ينكح إلا رجلاً ﴾

والخفى : هو الذي في قبله فرجان . ذكر رجل ، وفرج امرأة ، لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى . قال الله تعالى : « وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى » وقال تعالى : « وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً » فليس ثم خلق ثالث ، ولا يخلو الخفى من أن يكون مشكلاً أو غير مشكل . فإن لم يكن مشكلاً بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال ، أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن .

(١) في المخطوطة ٢٠ : فإن لم تثبت العنة .

وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء ، فاختلف أصحابنا في نكاحه . فذكر الخرق أنه يرجع إلى قوله ، فإن ذكر أنه رجل ، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء ، فله نكاحهن ، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعه إلى الرجال زوج رجلا ، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته ، وليس فيه إيجاب حق على غيره ، فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها ، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له . فان الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات بميل الذكر إلى الأنثى ، وميائها إليه ، وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره ، وقد تعذرت عايضا معرفة علاماته الظاهرة ، فرجع فيه إلى الأمور الباطنية فيما يختص هو بحكمه .

وأما الميراث والدية ، فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو دية قبل منه ، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل ، لأنه متهم فيه ، فلا يقبل قوله على غيره ، وما كان من عبادته وسترته وغير ذلك فينبغى أن يقبل قوله فيه ، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى . قال القاضي : ويقبل قوله في الإمامة ، وولاية النكاح ، وما لا يثبت حقا على غيره . وإذا تزوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول^(١) لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا ، لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء ، لكن إن تزوج امرأة ثم قال : أنا امرأة انفسخ نكاحه ، لإقراره بطلانه ، ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلا وقال : أنا رجل . لم يقبل قوله في فسخ نكاحه ، لأن الحق عليه . وهذا قول الشافعي ، وقال أبو بكر : لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره . وذكره (نصا عن أحمد^(٢)) في رواية الميموني ، وهذا الذي ذكره أبو إسحاق مذهبا للشافعي . وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح ، فلم يبيح له ، كما لو اشقبت عليه أخته بنسوة ، وكما لو لم يقل إني رجل ولا امرأة ، ولأن قوله لا يرجع إليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرها في نكاحه ، ولأنه لا يعرف نفسه كما لا يعرفه غيره ، ولأنه قد اشتبه المباح بالخطور في حقه ، فحرم كما ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾

٥٤٨٣

قال ﴿ وإذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح ، وليس واحد منهما بزائل العقل ، رجما إذا زنيا ، والمسلم والسكران الحران فيما وصفت سواء ﴾ وذكر الخرق رحمه الله في هذا الباب شرائط الإحصان ، ونحن نؤخره إلى الحدود ، فانه أخص به . والله أعلم .

(١) في المخطوطة ٣٩ : فقال غير قوله الأول .

(٢) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٢٠ ، ١٨ .

كتاب الصداق

الأصل في مشروعيتها : الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : « ٤ : ٢٤ وَأَحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَاعُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ » . وقوله تعالى : « ٤ : ٤ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » . قال أبو عبيد : يعنى عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى . وقيل : النحلة : الهبة ، والصداق في معناها . لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه ، وجعل الصداق للمرأة . فكأنه عطية بغير عوض ، وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء ، وقال تعالى : « ٥ : ٢٤ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً » .

وأما السنة : فروى أنس . أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف ، ردع زعفران ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « مَهْمٌ؟ ^(١) » فقال : يا رسول الله تزوجت امرأة ، فقال : ما أصدقها؟ قال : وزن فواة من ذهب . فقال . بارك الله لك ، أولم ولو بشاة . وعنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق صفيية ، وجعل عتقها صداقها ^(٢) متفق عليهما ، وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح .

(فصل)

٥٤٨٤

وللصداق تسعة أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنحلة ، والفريضة ، والأجر ، والعلائق ، والمعقر ، والحباء . روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدُّوا العلائق . « قيل : يا رسول الله ، وما العلائق ^(٣) ؟ قال : ما يترضى به الأهلون ^(٤) » . وقال عمر : لها عقرُ نساءها . وقال مهمل : أنسكحها ^(٥) فقَدَّها الأراقم في جنب ، وكان الحباء من آدم

(١) مهمم : يعنى : ما أمرك وشأنك ؟ وهى كلمة يمنية . وردت فى ثلاث أحاديث من السنة . أنظر النهاية لابن الأثير ٤ / ٣٧٨ حلى .

(٢) حديث أنس الأول أخرجه البخارى ج ٧ ص ٥ ومسلم ج ٢ ص ١٠٤٢ وأبو داود ج ١ ص ٤٨٦ والترمذى ج ٥ ص ٣ والنسائى ج ٦ ص ١١٩ ، ١٢٨ وابن ماجه ج ١ ص ٨٩ مع اختلاف يسير فى اللفظ ففى أبى داود (ردع زعفران) وفى النسائى (ردع من زعفران) وفى البخارى (وضر من صفرة) وفى البقية (أثر صفرة) والمعنى متفق (ردع) معناه صبغ ولطخ ، والزعفران أصفر اللون .

(٣) أخرجه الدارقطنى والبيهقى من حديث ابن عباس (ف) .

(٤) فى لسان العرب ج ١٣ ص ٥ هذان البيتان ، وذكر (الحباء) بالحاء المعجمة لكنه ذكره بالحاء المهملة فى ج ١٢ ص ٢٥٠ ، ١٤ ص ١٦٣ وهو الصواب كما فى الزهرج ج ٢ ص ٣٦٦ والحباء مهر المرأة والأراقم =

(م ٢٧ - المغنى - سابق)

لو بأبائين جاء يخطبها خضب ماء وجهه خاطب بدم
يقال : أصدقت المرأة ومهرتها . ولا يقال : أمهرتها .

٥٤٨٥ (فصل)

ويستحب ألا يعرى النكاح عن تسمية الصداق . لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته
وغيرهن وويتزوج ، فلم يكن يخلى ذلك من صداق . وقال للذي زوجه الموهوبة : « هل من شيء تصدقنا ؟ »
فالتبس ولم يجد ، قال : « التمس ولو خاتماً من حديد » فلم يجد شيئاً « فزوجه إياها بما معه من القرآن » ولأنه
أقطع للنزاع وللخلاف فيه ، وليس ذكره شرطاً . بدليل قوله تعالى : « ٢ : ٢٣٦ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ
طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً » وروى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً
امراً ولم يسم لها مهرأ » .

٥٤٨٦ ﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا كانت المرأة بالغة رشيدة أو صغيرة عقد عليها أبوها . فأى صداق انفقوا عليه فهو جائز ،
إذا كان شيئاً له نصف يحصل ﴾
في هذه المسألة ثلاثة فصول :

٥٤٨٧ (أحدها)

أن الصداق غير مقدر لا أقله ولا أكثره ، بل كل ما كان مالاً جاز أن يكون صداقاً . وبهذا قال
الحسن ، وعطاء ، وعمر بن دينار ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ،
وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين . وقال : « لو أصدقها سوطاً لقلت »
وعن سعيد بن جبير ، والنخعي ، وابن شبرمة ، ومالك ، وأبي حنيفة : هو مقدر الأقل .
ثم اختلفوا فقال مالك ، وأبو حنيفة : أقله ما يقطع به السارق . وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم . وعن
النخعي : أربعون درهماً . وعنه : عشرون . وعنه : رطل من الذهب . وعن سعيد بن جبير . خسون درهماً

== قوم من ربيعة سمو الأراقم تشبيهاً لعيونهم بعيون الأراقم من الحيات وقيل غير ذلك . وجنب : حى من اليمن .
وقد روى اللسان البيت الثانى هكذا .

لو بأبائين جاء يخطبها . رمل ، ما أنت خاطب بدم .

وقال : وأما أبانان فبيلان متقابلان لا يفارق واحد منهما صاحبه . ومنه يعلم ما هنا من تحريف - والبيتان
قالهما مهمل حين أرغم على زواج بنته بعد تشيته وإقامته في قبيلة (جنب) على زواجها بمهر تافه هو جلود كما في
هامش طبقات ابن العزص ١٩٧ وفي كتاب أيام العرب في الجاهلية ص ١٦٥ (صرح) بدل (رمل) (ف) .

واحتج أبو حنيفة بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا مهر أقل من عشرة دراهم ^(١) » ، ولأنه يستباح به عضو ، فكان مقدراً كالذي يقطع به السارق .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم للذي زوجه : « هل عندك من شيء تصدقها ؟ » قال : لا أجده . قال : التمس ولو خاتماً من حديد » متفق عليه . وعن عامر ابن ربيعة : « أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ » قالت : نعم ، فأجازها » ، أخرجه أبو داود والترمذي ^(٢) ، وقال : حديث حسن صحيح . وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقاً ملء يده طعاماً كانت له حلالاً » رواه الإمام أحمد في المسند . وفي لفظ عن جابر ، قال : « كنا فنكح على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام » رواه الأثرم . ولأن قول الله عز وجل : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ^(٣) » ، يدخل فيه القليل والكثير ، ولأنه بدل منفعتها . فجاز ما تراضيا عليه من المال ، كالعشرة وكالأجرة .

وحديثهم غير صحيح . رواه ميسرة ^(٤) بن عبيد ، وهو ضعيف ، عن الحجاج ابن أرقط ، وهو مدلس ورواه عن جابر . وقد روينا عنه خلافه ، أو نحمله على مهر امرأة بعينها . أو على الاستحباب . وقيامهم لا يصح . فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة ، والقطع إتلاف عضو دون استباحته ، وهو عقوبة وحّد . وهذا عوض ، فقياسه على الأعواض أولى .

وأما أكثر الصداق فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم . قاله ابن عبد البر . وقد قال الله عز وجل « وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ تَأْتِيهِمْ إِنْجِدَانٌ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ شَيْئاً » ^(٥) وروى أبو حفص بإسناده « أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة عليّ أربعين ألفاً » وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : « خرجت وأنا أريد أن أنهي عن كثرة الصداق فذكرت ^(٦) هذه الآية : « وَأَنْتُمْ تَأْتِيهِمْ إِنْجِدَانٌ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ شَيْئاً » ^(٧) وقال أبو صالح : الفطار مائة رطل . وقال أبو سعيد الخدري : ملء مسك نور ذهباً . وعن مجاهد سبعون ألف مثقال .

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي عن جابر (ف) . (٢) انظر صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٣٣، ٣٢١٥

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ . (٤) الصواب « مبشر بن عبيد » وترجمته في الميزان ج ٣ ص ٣٣٣ (ف) .

هو مبشر بن عبيد الحمصي الزهري . قال أحمد : كان يضع الحديث . انظر (تنزيه الشريعة ٩٩/١)

(٥) سورة النساء : آية ٢٠ (٦) لم يتذكر سيدنا عمر رضى الله عنه إلا بعد أن ذكرت امرأة

وهو على التبرك كما في الرواية .

(٧) أخرج أبو يعلى نهي عمر وفيه « فاعترضته امرأة من قريش فقالت : يا أمير المؤمنين نهيت الناس أن

يزيدوا في صدقاتهن على أربعين درهم قال : نعم . . . قالت : أما سمعت الله عز وجل يقول : « وَأَنْتُمْ تَأْتِيهِمْ إِنْجِدَانٌ فَلَا تَأْخُذُوا بِهِ شَيْئاً » فقال « اللهم غفرا كل الناس أفقه من عمر » .

(فصل)

٥٤٨٨

ويستحب ألا يغلى الصداق: لما روى عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أعظم النساء بركة أيسرهن مؤنة»، رواه أبو حفص بإسناده. وعن أبي العجفاء قال: قال عمر رضي الله عنه «ألا لاتملوا صداق^(١) النساء، فإنه لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله، كان أولاً كم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من نسائه، ولا أصدق امرأة من بناته أكثر من اثني عشرة أوقية، وإن الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه^(٢)»، وحتى يقول: كلفت لكم عاق القربة^(٣). أخرجه النسائي، وأبو داود ومختصراً. وعن أبي سلمة قال: «سألت عائشة عن صداق النبي صلى الله عليه وسلم؟ فقالت: اثنتا عشرة أوقية ونش. فقالت: وما نش؟ قالت: نصف أوقية». أخرجه أيضاً، والأوقية: أربعون درهماً. فلا تستحب الزيادة على هذا. لأنه إذا كثرت بما تعذر عليه، فيتعرض للضرر في الدنيا والآخرة.

(فصل)

٥٤٨٩

وكل ما جاز ثمنًا في البيع، أو أجرة في الإجارة، من العين والدِّين، والحال والمؤجل، والقابل والكثير، ومنافع الحر والعبد وغيرهما، جاز أن يكون صداقاً. وقد روى الدارقطني بإسناده قال: قال رسول الله^(٤) صلى الله عليه وسلم «أنكحوا الأيامي وأدوا الملائق. قيل: ما الملائق؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون، ولو قضيباً من أراك»، ورواه الجوزجاني. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: منافع الحر لا تكون صداقاً، لأنها ليست مالا، وإنما قال الله تعالى: «أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ». ولنا: قول الله تعالى: «٢٧: ٢٨ إِنْ أَرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ فَلْيَأْتِنِي ثَمَانِي حَبْجٍ». والحديث الذي ذكرناه، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة، فجازت صداقاً كمنفعة العبد. وقولهم: ليست مالا، ممنوع. فإنها تجوز المعاوضة عنها وبها. ثم إن لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا، فكذلك في النكاح.

(١) رواية النسائي ج ٦ ص ١١٨ «صداق النساء» جمع صداق. منصوب بنزع الخافض، وجاء في بعض الروايات: «بصدق النساء» بظهور الخافض. (ف)

(٢) لفظ النسائي «عداوة في نفسه» (ف).

(٣) انظر السنن ٨٨، ٨٧/٢ - وعلق القربة: جعلها الذي تعلق به - ويروى أيضاً: عرق القربة. والمراد: تكلفت لكم وتعبت حتى عرقت كعرق القربة. قال الأصمعي: عرق القربة معناه الشدة (شرح السنن للسيوطي

٨٨/٢).

(٤) في المخطوطة: ١٨: قال النبي.

وقد نقل مهنا عن أحد [فيا] إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر : كيف يكون هذا ؟ قيل له : فامرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تديرها ؟ قال : لا يصلح هذا . قال أبو بكر : إن كانت الخدمة معلومة جاز ، وإن كانت مجهولة لا تضبط^(١) فلها صداق مثلها . كأنه تأول مسألة مهنا على : أن الخدمة مجهولة ، فلذلك لم يصح ، ونقل أبو طالب عن أحد : الزويج على بناء الدار وخطابة الثوب^(٢) ، وعمل شيء جائز ، لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه ، فجز أن يكون صداقا كالأعيان . ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين صح ، لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه . وإن أصدقها الإتيان به أين كان لم يصح لأنه مجهول .

(فصل)

٥٤٩٠

ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية . وبهذا قال الشافعي . وقال النخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، وأبو عبيد : يصح .

ولنا . أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد ، فلم يصح ، كما لو أصدقها شيئاً ، فعلى هذا لها مهر المثل وكذلك كل موضع قلنا لا تصح التسمية .

(فصل)

٥٤٩١

وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فملك الثوب لم تعد التسمية ، ولم يجب مهر المثل ، لأن تعدر تسليم ما أصدقها بعينه لا بوجب مهر المثل ، كما لو أصدقها قفيز حنطة فملك قبل تسليمه ، ويجب عليه أجر مثل خياطته ، لأن العقود على العمل فيه تناف ، فوجب الرجوع إلى عوض العمل ، كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم ، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه ، فعليه أن يقيم مقامه من يخطه ، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه ، وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته ، إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه ، بحيث يعلم أنه قد خاط النصف بيميناً . وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره .

(فصل)

٥٤٩٢

وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة ، صح . لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها ، فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها ، وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شيئاً مباحاً معيناً ، أو فقهاً ، أو لغة ، أو نحواً . أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز ، وصحت التسمية ، لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه ، فجاز صداقا كمنافع الدار .

(١) في المخطوطة ٢٠ : لا تضبط . (٢) في المخطوطة ١٨ . على بناء دار وخياطة ثوب معينين .

(فصل)

٥٤٩٣

فأما تعليم القرآن فاختلفت الرواية عن أحمد في جعله صداقا . فقال في موضع : أكرهه ، وقال في موضع : لا بأس أن يتزوج المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن ، أو على نملين وهذا مذهب الشافعى قال أبو بكر : في المسألة قولان . يعنى روايتين ، قال : واختيارى : أنه لا يجوز . وهو مذهب مالك ، والليث ، وأبى حنيفة ، ومكحول ، وإسحاق .

واحتج من أجاز به بما روى سهل بن سعد الساعدي : « عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنه جاءته امرأة ، فقالت : إني وهبت نفسى لك ، فقامت طويلا ، فقال رجل : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال : هل عندك من شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندي إلا إزارى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم . إزارك ، إن أعطيتها جاست ولا إزار لك فالتس شيئا . قال : لا أجد . قال : التمس ولو خاتما من حديد . فالتس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : زوجتكها بما معك من القرآن « متفق عليه ^(١) . ولأنها منفعة معينة مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

ووجه الرواية الأخرى : أن الفروج لا تسقباح إلا بأموال لقوله تعالى : « أن تبتغوا بأموالكم » وقوله تعالى : « وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحِ الْحَصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ » ، والطول : المال . وقد روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا على سورة من القرآن ، ثم قال : لا تكون لأحد بعدك مهرا » ^(٢) . رواه النجاد بإسناده . ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قرينة لفاعله ، فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان . ولأن التعليم من العلم ، وللتعلم مخفاف ، ولا يكاد ينضب فأنشبه الشيء المجهول . فأما حديث الموهوبة فقد قيل : معناه : أنكحتكم بما معكم من القرآن ، أى : زجبتكم لأنك من أهل القرآن ، كما زوج أبا طلحة على إسلامه . فروى ابن عبد البر بإسناده عن أنس « أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم ، فقالت : أتزوج بك وأنت تعبد خشبة نحتها عبد بنى فلان ؟ إن أسلمت تزوجت بك . قال : فأسلم أبو طلحة ، فتزوجها على إسلامه ^(٣) » . وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ، ويحتمل أن يكون خاصا لذلك الرجل . بدليل ما رواه النجاد ولا تفريع على هذه الرواية ، فأما على الأخرى فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه ، إما سورة معينة ، أو سوراً أو آيات بعينها ، لأن السور

(١) وكذلك انظر (الترمذى ٣٤/٥ شرح ابن العربى (٢) قال الحافظ في فتح البارى ج ٩ ص ١٧٤ « أخرجه سعيد بن منصور من مرسل أبى النعمان الأزدي وفيه من لا يعرف » أقول : عزى في بعض كتب الحنابلة كشرح منتهى الإرادات ج ٣ ص ٦٥ إلى البخارى وهو خطأ (ف) (٣) رواه النسائى بلفظ آخر (السنن ٢/ ٨٦، ٨٧)

تختلف ، وكذلك الآيات . وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة ؟ فيه وجهان . أحدهما : يحتاج إلى ذلك لأن الأغراض تختلف ، والقراءات تختلف ، فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل ، فأشبهه تعيين الآيات .

والثاني : لا يفتقر إلى التعيين ، لأن هذا اختلاف يسير ، وكل حرف ينوب مناب صاحبه ، ويقوم مقامه ، ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم المرأة قراءة ، وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم ^(١) ، فأشبهه مالو أصدقها قفيزاً من صبرة . وللشافعي في هذا وجهان كهذين .

(فصل)

٥٤٩٤

فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها نظرت ، فإن قال : أحصل لك تعليم هذه السورة صح ، لأن هذه منفعة في ذمته لا تختص به ، فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها ، كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له ، وإن قال : على أن أعلمك ، فذكر القاضي في الجامع : أنه لا يصح ، لأنه تعين بفعله ، وهو لا يقدر عليه ، فأشبهه مالو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له ، وذكر في المجرد : أنه يحتمل الصحة ، لأن هذه تكون في ذمته ، فأشبهه مالو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال .

(فصل)

٥٤٩٥

فإن جاءته بغيرها فقالت : علمها السورة التي تريد تعليمي إياها لم يلزمه ، لأن المستحق عليه العمل في عين ، فلم يلزمه إيقاعه في غيره ، كما لو استأجرته لخياطة ثوبها فأتمته بغيره ، فقالت : خط هذا ، ولأن المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافاً كثيراً ، ولأن له غرضاً في تعليمها ، فلا يجبر على تعليم غيرها . وإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك ، لأن المعلمين يختلفون في التعليم ، ولأن لها غرضاً في التعليم منه ، لكونه زوجها تحل له ويحل لها ، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره ، قياساً لأحدهما على الآخر .

(فصل)

٥٤٩٦

فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها ، فعليه أجر تعليمها ، فإن اختلفا فقال : علمتها ، فأنكرت فالقول قولها ، لأن الأصل عدم تعليمها . وفيه وجه آخر : أنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله ، لأن الظاهر معه . وإن علمها السورة ثم أنسيته فلا شيء عليه ، لأنه قد وفى لها بما شرط ، وإنما تلف الصداق بعد القبض . وإن لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيته ، لم يعتد بذلك تعامياً ، لأن ذلك لا يعد تعليمها ، ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقيناً . ويحتمل أن يكون ذلك تلقيناً ^(٢) ، لأنه قد لقنها الآية وحفظتها ، فأما مادون الآية فليس بتلقين وجهاً واحداً .

(١) كان ذلك لا ختلاف اللهجات بين القبائل الداخلة في الإسلام .

(٢) في المخطوطة ٣٠ : بالتلقين .

(فصل)

٥٤٩٧

فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة رجع عليها بنصف أجر تعليمها ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق ، وإن لم يكن عليها فقيه وجهان :
أحدهما عليه نصف أجر تعليمها ، لأنها قد صارت أجنبية ، فلا يؤمن في تعليمها الفتنة .

والثاني يباح له تعليمها من وراء حجاب ، من غير خلوة بها ، كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات .
وإن كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان . وإن أصدقها رد عيها من مكان معين فطلقها قبل الدخول وقبل الرد ، فعليه نصف أجر الرد ، لأنه لا يمكنه نصف الرد ، وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره^(١)

(فصل)

٥٤٩٨

ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز ، ولها مهر المثل ، وقال الشافعى : يصح ، لقول الله تعالى : « حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ »^(٢)

ولنا : أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق ، فالكافر أولى . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم »^(٣) فالاحتياط أولى أن يمنع منه ، فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ ، وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والإنجيل لم يصح في المذهبين ، لأنه مبدل مغير ، ولو أصدق الكتابية شيئا من ذلك كان كالمأصداق محرما

(الفصل الثانى)

٥٤٩٩

أن الصداق ما انفقوا عليه ورضوا به ، لقول الله تعالى : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاثَيْتُمْ بَيْنَ مِنْ بَعْدَ الْفَرِيضَةِ »^(٤) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « الملائق ما تراضى عليه الأهلون » ، ولأنه عقد معاوضة فيعتبر رضا المتعاقدين كسائر عقود المعاوضات . فإن كان الولي الأب فمهما انفق هو والزوج عليه جاز أن يكون صداقا ، قليلا كان أو كثيرا ، بكرأ كانت أو ثيبا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، على ما أسلفناه فيما مضى .

ولذلك زوج شعيب عليه السلام موسى عليه السلام ابنته ، وجعل الصداق إجارة ثمانى حجج ، من غير مراجعة الزوجة . وإن كان الولي غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج ، لأن الصداق لها ، وهو عوض [عن]

(١) فى المخطوطة ٢٠ : بنصف الأجر .

(٢) سورة التوبة آية ٦ (٣) أخرج مسلم فى صحيحه عن ابن عمر ج ٣ ص ١٤٩١ « لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن يناله العدو » (ف) (٤) سورة النساء آية ٢٤

لمنفعتها . فأشبه أجر دارها وصداق أمتها . فإن لم يستأذنها الولي في الصداق فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل ، فما زاد صح ولزم ، وإن نقص عنه فلها مهر المثل .

(الفصل الثالث)

٥٥٠٠

أن الصداق لا يكون إلا مالا لقول الله تعالى : « أن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ »^(١) وبشترط أن يكون له نصف يتمول عادة ، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال . وهذا معنى قول الخرق « له نصف يحصل » ومالا يجوز أن يكون ثمناً في البيع كالحرم والمعدوم والجهول ، ومالا منفعة فيه ، ومالا يتم ملكه عليه كالبيع من المكيل والموزون قبل قبضه ، ومالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء ، والسماك في الماء ومالا يتمول عادة كحبة حنطة ، وقشرة جوزة ، لا يجوز أن يكون صداقاً ، لأنه نقل الملك فيه بعوض فلم يحز فيه ما ذكرناه كالبيع ، ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفاً ، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إلا نصفه ، فيجب أن يكون لها مال تنفع به ، ويعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق ، فإنه لو أصدقها عبداً جاز ، وإن لم تمكن قسمته .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٠١

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً بعينه فوجدت به عيباً فردته فلها عليه قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الصداق إذا كان معيباً فوجدت به عيباً فلها رده ، كالبيع المعيب ، ولا نعلم في هذا خلافاً إذا كان العيب كثيراً ، فإن كان [العيب] يسيراً فحكي عن أبي حنيفة : أنه لا يرد به .

ولنا : أنه عيب يرد به البيع فرد به الصداق كالكثير ، وإذا رد به فلها قيمته ، لأن العقد لا يفسخ برده ، فيبقى سبب استحقاقه ، فيجب عليه قيمته ، كما لو غصبها إياه فأتلفه . وإن كان الصداق مثلياً كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله ، لأنه أقرب إليه ، وإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب ، وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيباً خُيرت بين أخذ أرشه وبين رده ، ورد أرش عيبه ، لأنه عوض في عقد معاوضة ، فيثبت فيه ذلك كالبيع ، وسائر فروع الرد بالعيب ، فيثبت فيها همها مثل ما يثبت في البيع لما ذكرنا .

(فصل)

٥٥٠٢

وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة كالكتابة والصناعة ، فبان بخلافها فلها الرد ، كما ترد به في البيع ، وهكذا إن دلّسه تدليساً يرد به البيع ، مثل تحمير وجه الجارية ، وتسويد شعرها ، وتجهيده ،

(١) سورة النساء آية ٢٤

وتضمير الماء على الحجر ، وأشبه ذلك ، فلها الرد به ، وإن وجدت الشاة مَعْرَاة فلها ردها ، ورد صاع من تمر ، قياساً على البيع .

وقد نقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة : هي بالخيار ، إن شاءت أخذت الدار ، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز ، وهذا فيما إذا أصدقها داراً بعينها على أنها ألف ذراع ، فخرجت تسعمائة ، فهذا كالعيب في ثبوت الرد ، لأنه شرط شرطاً مقصوداً ، فبان بخلافه ، فأشبهه مالو شرط العبد كاتباً فبان بخلافه ، وجوز أحد الإمساك ، لأن المرأة رضية بها ناقصة ، ولم يحمل لها مع الإمساك أرشاً ، لأن ذلك ليس بعيب ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها أو ردها وأخذ قيمتها .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٠٣

قال ﴿ وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حراً أو استحق ، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه ﴾ وجملته ذلك : أنه إذا تزوجها على عبد بعينه نظنه (عبد^(١)) مملوكاً فخرج حراً ، أو منصوباً فلها قيمته . وبهذا قال أبو يوسف ، والشافعى فى قديم قوليه ، وقال فى الجديد : لها مهر المثل ، وقال أبو حنيفة ومحمد فى المنصوب كقولنا ، وفى الحر كقوله ، لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه ، فأشبهه مالو علمه حراً . ولنا أن العقد وقع على التسمية ، فكانت لها قيمته كالمنصوب ، ولأنها رضية بقيمته ، إذ خلفته مملوكاً ، فكان لها قيمته ، كما لو وجدته معيباً فردته ، بخلاف ما إذا قال : أصدقتك هذا الحر ، أو هذا المنصوب ، فإنها رضية بلا شيء ، لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال ، أو بما لا يقدر على تماميكة إياها ، فكان وجود التسمية كعدمها ، فكان لها مهر المثل . وقول الخرقى : « سواء سلمه إليها أو لم يسلمه » ، يعنى : أن تسليمه لا يفيد شيئاً ، لأنه سلم مالا يجوز تسليمه ، ولا تثبت اليد عليه ، فكان وجوده كعدمه .

(فصل)

٥٥٠٤

فإن أصدقها مثلياً فبان منصوباً فلها مثله ، لأن المثل أقرب إليه ، ولهذا يضمن به فى الإنلاف . وإن أصدقها جرّة خلّ فخرجت خمرأ أو منصوبة ، فإنها مثل ذلك خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وهذا مذهب أبى حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعى . وقال القاضى : لها قيمته ، لأن الحر ليس بمال ، ولا من ذوات الأمثال . والصحيح ما قلناه ، لأنه سماه خلا ، فرضيت به [مهراً] على ذلك ، فكان لها بدل المسعى كالحر

(١) ساقطة من المخطوطات التى بين أيدينا ، وهى فى المطبوعة من نسخة الظاهرية بدمشق التى استنسخها الملك

وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبداً فبان حراً ، ولأنه إن أوجب قيمة الحر فالحر لا قيمة له ، وإن أوجب قيمة الخلل فقد اعتبر التسمية في إيجاب قيمته ، ففي إيجاب مثله أولى .

(فصل)

٥٥٠٥

فإن قال : أصدقتك هذا الحر ، وأشار إلى الخلل ، أو عبد فلان هذا وأشار إلى عبده ، صحت التسمية ، ولما المشار إليه ، لأن المعقود عليه يصح العقد عليه ، فلا يختلف حكمه باختلاف صفته ، كما لو قال : بمتك هذا الأسود ، وأشار إلى أبيض ، أو هذا الطويل ، وأشار إلى قصير .

(فصل)

٥٥٠٦

وإن تزوجها على عيدين فخرج أحدهما حراً أو مفضوياً صح الصداق في تملكه ، ولها قيمة الآخر . نص عليه أحمد ، وإن كان عبداً واحداً فخرج نصفه حراً أو مفضوياً فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته ، وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقية . نص عليه أحمد ، لأن الشركة عيب ، فكان لها الفسخ كما لو وجدته معيباً ، فإن قيل : فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع ، وترجع بالقيمة كلها في المسألتين ، كما في تفريق الصفقة ؟ قلنا : إن القيمة بدل ، إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل ، وههنا العبد المملوك مقدور عليه ، ولا عيب فيه ، وهو مسمى في العقد ، فلا يجوز الرجوع إلى بدله^(١) ، أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد في الجميع صرنا إلى الثمن ، وليس هو بدلا عن البيع ، وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس ماله ، وههنا لا ينفسخ العقد ، وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما ، لئلا يفسد تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته ، وأما إذا كان نصفه حراً ففيه عيب ، فجاز رده بعيبه . وقال أبو حنيفة : إذا أصدقها عيدين فإذا أحدهما حر ، فلها العبد وحده صداقاً ، ولا شيء لها سواه .

ولنا : أنه أصدقها حراً ، فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفرداً .

(آخر الجزء الرابع من ريع النكاح من أجزاء الشيخ رحمه الله)^(٢)

﴿ مسألة ﴾

٥٥٠٧

قال ﴿ وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبداً بعينه فلم يبيع ، أو طلب فيه أكثر من قيمته ، أو لم يقدر عليه فلها قيمته ﴾

نص أحمد على هذا في رواية الأثرم . وقال الشافعي : لا تصح التسمية ، ولها مهر المثل ، لأنه جمل ملك غيره عوضاً ، فلم يصح كالبيع .

(١) في المخطوطة ١٨ : إلى البدل . (٢) هذا باعتبار نسخة الظاهرية بدمشق التي طبع عليها الكتاب .

ولنا : أنه أصدقها تحصيل عبد معين ، فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الأبق من مكان معلوم ، ولا نسلم أنه جمل ملك غيره عوضاً ، وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه .

إذا ثبت هذا فإنه إذا قدر عليه بشئ مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها ، وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبوله ، لأنه قدر على دفع صداقها إليها كما لو أصدقها عبداً يملكه ، وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه لتلفه أو غير ذلك ، أو طاب فيه أكثر من قيمته ، لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم ، فوجبت قيمته كما لو تاف . وإن كان الذى جمل لها مثلياً فتعذر شراؤه ، وجب لها مثله ، لأن المثل أقرب إليه .

(فصل)

٥٥٠٨

إن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح ، لأنه يصح أن يكون عوضاً في البيع . فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها . وبهذا قال الشافعى ، واختاره أبو الخطاب . وقال القاضى : يلزمها قبولها ، قياساً على الإبل في الدية .

ولنا : أنها استجذبت عليه عبداً بمقدار معاوضة ، فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ، ولأنه عبد وجب صداقاً ، فأنشبه ما لو كان معيباً . وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل ، وإنما الأمان أصل في الدية ، كما أن الإبل أصل ، فیتخير بين دفع أى الأصول شاء ، فيلزم الولى قبوله لا على طريق القيمة ، بخلاف مسألتنا ، ولأن الدية خارجة عن القياس ، فلا يناقض بها ، ولا يقاس عليها . ثم قياس العوض على سائر الأعراض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات ، ثم ينتقض بالعبد المعين

(فصل)

٥٥٠٩

وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح . نص عليه أحمد ، فإن طلب به أكثر من قيمته أو لم يقدر عليه فلها قيمته . وهذا قول الشافعى . ووجهه ما تقدم ، فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبولها ، لما ذكرنا ، ولأنه يفوت عليها العوض في عتق أبيها .

(فصل)

٥٥١٠

ولا يصح الصداق إلا معلوماً يصح بمثله البيع ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب الشافعى . وقال القاضى : يصح مجهولاً ، ما لم تزدها له على مهر المثل ، لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم ، فطلقها قبل أن يدخل بها : يقوم الخادم وسطاً على قدر ما يخدم مثلها ، ونحو هذا قول أبى حنيفة .

فعلى هذا إذا تزوجها على عبد ، أو أمة أو فرس ، أو بغل ، أو حيوان من جنس معلوم ، أو ثوب هروى ، أو مروى ، وما أشبهه مما يذكر جنسه ، فإنه يصح ، ولها الوسط ، وكذلك قفيز حنطة ، وعشرة

أرطال زيت . وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل ، كثوب ، أو دابة ، أو حيوان ، أو على حكمها أو حكمه ، أو حكم أجنبي ، أو على حنطة ، أو شعير ، أو زيت ، أو على ما اكتسبه في العام ، لم يصح . لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط ، فيتعذر تسليمه . وفي الأول يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « العلائق ما تراضى عليه الأهلون » ، وهذا قد تراضوا عليه ، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه للمال ، فثبت مطلقا كالدية ، ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل ، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها^(١) ونسبها . ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح ، فهمنا مع قلة الجهل فيه أولى . ويفارق البيع ، فإنه لا تحتل فيه الجهالة بحال .

وقال مالك : يصح مجعولا ، لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره ، وقال أبو الخطاب : إن تزوجها على عبد من عبيده ، أو قيص من قصانه ، أو عمامة من عمامه ، ونحو ذلك صح ، لأن أحمد قال في رواية مهننا فيمن تزوج على عبد من عبيده : جائز ، فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم ، فإن تشاحا أقرع بينهم . قلت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال : نعم ، ووجهه : أن الجهالة ههنا يسيرة ، ويمكن التعيين بالقرعة^(٢) بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا ، فإن الجهالة تسكر ، فلا يصح .

ولنا : أن الصداق عوض في عقد معاوضة ، فلم يصح مجعولا كموض البيع والإجارة ، ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع ، فلم تصح تسميته كالحرم ، وكما لو زادت جهالته على مهل المثل : وأما الخبر فالمراد به : ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا ، بدليل سائر ما لا يصلح . وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد ، وهي خارجة عن القياس في تقديرها ، ومن وجبت عليه ، فلا ينبغي أن تجعل أصلا . ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسننه ، مقدر بقيمته ، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين ؟ ثم ليست عقدا ، وإنما الواجب بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيم المتلفات ، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيها به ؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف .

وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة ، كما تجب قيم المتلفات ، وإن كانت تحتاج إلى نظر . ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند [عدم] التسمية ، ولا نصير إلى عبد مطلق ؟ ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري فإننا نصير إلى تقويمه ، ولا نوجب العبد المطلق ؟ ثم لانسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل . فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون انسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب ، فيكون إذا معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه لكثرة أنواع

(١) في المخطوطة ٢٠ : وزمنها (٢) في المخطوطة ١٨ : ويمكن تعيينها بالقرعة .

الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في النوع الواحد . وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ، ولا نعلم فيه نصاً يصر إليه ، فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟ وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها^(١) أبو بكر على أنه تزوجها على عقد معين ، ثم أشكل عليه . إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع حكماً بفساد التسمية ، ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى .

والوسط من العبيد السندی ، لأن الأعلى التركي والرومي ، والأسفل الزنجي والحبشي ، والوسط السندی والمنصوري . قال القاضي : وإن أعطاها قيمة العبد لزمها قبولها ، إلخافاً بالإبل في الدية .

(فصل)

٥٥١١

ويجوز أن يكون الصداق معجلاً ومؤجلاً ، وبعضه معجلاً ، وبعضه مؤجلاً ، لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن . ثم إن أطلق ذكره اقتضى الحلول ، كما لو أطلق ذكر الثمن ، وإن شرطه مؤجلاً إلى وقت فهو إلى أجله ، وإن أجله ولم يذكر أجله فقال القاضي : المهر صحيح ، ومحل الفرقه ، فإن أحمد قال : إذا تزوج على الماجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة . وهذا قول النخعي ، والشعبي . وقال الحسن ، وحاد بن أبي سليمان : وأبو حنيفة ، والثوري ، وأبو عبيد : يبطل الأجل ، ويكون حالا . وقال إياس بن معاوية ، وقتادة : لا يحل حتى يطلق ، أو يخرج من مصرها ، أو يتزوج عليها . وعن مكحول ، والأوزاعي ، والمنبري : يحل إلى سنة بعد دخوله بها . واختار أبو الخطاب : أن المهر فاسد ، ولها مهر المثل . وهو قول الشافعي ، لأنه عوض مجهول المحل ففسد كالثمن في البيع .

ووجه القول الأول : أن المطلق يحمل على العرف ، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة ، فحمل عاينه ، فيصير حينئذ معلوماً بذلك . فأما إن جعل الآجل مدة مجهولة كقيدوم زيد ، ومجيء المطر ونحوه لم يصح ، لأنه مجهول ، وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة ، وههنا صرفه عن العادة بذكر الأجل ، ولم يبينه ، فبقى مجهولاً . فيحتمل أن تبطل التسمية^(٢) ، ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل .

﴿مسألة﴾

٥٥١٢

قال ﴿ وإذا تزوجها على محرّم وهما مسلمان ثبت النكاح وكان لها مهر المثل ، أو نصفه إن كان طلقها قبل الدخول ﴾

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

(٢) في المخطوطة ١٨ : بطلان التسمية .

(١) في المخطوطة ١٨ : فتأولها أبو بكر .

(الأولى)

٥٥١٣

أنه إذا سمي في النكاح صداقاً محرماً كالنحر والخنزير فالنسمية فاسدة ، والنكاح صحيح . نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء ، منهم الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وحكى عن أبي عبيد : أن النكاح فاسد . واختاره أبو بكر عبد العزيز ، قال : لأن أحمد قال في رواية المروزي : إذا تزوج على مال غير طيب فسكره ، فقالت : ترى استقبال النكاح ؟ فأعجبه . وحكى عن مالك : أنه إن كان بعد الدخول ثبت النكاح ، وإن كان قبله فسخ . واحتج من أفسده بأنه نكاح جعل الصداق فيه محرماً ، فأشبهه نكاح الشغار .

ولنا : أنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً كان صحيحاً ، فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً ، كما لو كان منصوباً أو مجهولاً ، ولأنه عقد لا يفسد بجملة العوض ، فلا يفسد بتعريمه كالخلع ، ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ، ولو عدم كان العقد صحيحاً ، فكذلك إذا فسد . وكلام أحمد في رواية المروزي محمول على الاستحباب . فإن مسألة المروزي في المال الذي ليس بطيب ، وذلك لا يفسد العقد بنسبته فيه اتفاقاً . وما حكى عن مالك لا يصح ، فإن ما كان فاسداً قبل الدخول فهو بعده فاسد ، كنكاح ذوات الحارم ، فأما إذا فسد الصداق لجهالته ، أو عدمه ، أو العجز عن تسليمه ، فإن النكاح ثابت ، لا نعلم فيه خلافاً ، وقول الخرقى « وهما مسلمان » احتراز من الكافرين . إذا عقدا النكاح بمحرم ، فإن هذه قد مر تفصيلها .

(المسألة الثانية)

٥٥١٤

أنه يجب مهر المثل ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم : مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وذلك لأن فساد العوض يقتضي رد العوض ، وقد تمذر رده لصحة النكاح ، فيجب رد قيمته وهو مهر المثل ، كمن اشترى شيئاً بثمان فاسد فقبض المبيع ، وتلف في يده ، فإنه يجب عليه رد قيمته . فإن دخل بها استقر مهر المثل في قولهم جميعاً . وإن مات أحدهما فكذلك ، لأن الموت يقوم مقام الدخول في تكميل الصداق وتقريره .

وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : لا يستقر بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها ، وإن طلق قبل الدخول^(١) فلها نصف مهر المثل ، وبهذا قال الشافعي . وقال أصحاب الرأي : لها المنة ، لأنه لو لم يُسم لها صداقاً كان لها المنة ، فكذلك إذا سمي لها تسمية فاسدة ، لأن هذه التسمية كعدمها . وذكر القاضي في الجامع : أنه لا فرق بين من لم يسم لها صداقاً وبين من سمي لها ، محرماً كالنحر ، أو مجهولاً كالنوب . وفي الجميع روايتان .

(١) في المخطوطة ٢٠ : وإن طلقها قبل الدخول .

إحداهما : لما المتعة إذا طلقها قبل الدخول ، لأن ارتفاع العدة يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع ، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه ، فكان ما تراضيا عليه أولى ، ففي مهر المثل يبقى على الأصل ، في أنه يرتفع وتجب المتعة .

والثانية : أن لما نصف مهر المثل ، لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ومهر المثل قد أوجبه العقد ، فيتنصف به كالسمى ، والخرق فرق بينهما ، فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل ، وفي المفوضة المتعة ، وهو مذهب الشافعى ، لأن المفوضة رضيت بلا عوض ، وعاد إليها بضمها سليما ، وإيجاب نصف المهر لما لا وجه له ، لأن الله تعالى أوجب لها المتعة ، ففي إيجاب نصف المهر جمع بينهما ، أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها ، وكلاهما فاسد . وأما التي اشترطت لنفسها مهرا فلم ترض إلا بموض ، ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته ، فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض ، وهو مهر المثل ، أو نصفه ، إن كان قبل الدخول ، ولأن الأصل وجوب مهر المثل ، لأنه وجب بالعقد ، بدليل أنه يستقر بالدخول والموت ، وإنما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها ، فما عداها يبقى على الأصل .

المسألة الثالثة

٥٥١٥

أنه إذا سمي لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل بالغا ما بلغ . وبه قال الشافعى ، وزفر ، وقال أبو حنيفة ، وصاحباها : يجب الأقل من المسمى ، أو مهر المثل ، لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد ، فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها لم يقوم بأكثر مما رضيت به ، لأنها رضيت بإسقاط الزيادة .

ولنا : أنه بضمن بالعقد الفاسد فاعتبرت قيمته بالغا ما بلغ كالبيع . وما ذكره فغير مسلم ، ثم لا يصح عندهم ، فإنه لو وطئها وجب مهر المثل ، ولو لم يكن له قيمة لم يجب ، فإن قيل : إنما وجب لحق الله تعالى ؟ قيل : لو كان كذلك لوجب أقل المهر ، ولم يجب مهر المثل .

﴿ مسألة ﴾

٥٥١٦

وقال ﴿ وإذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزا ، فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الألفين ، ولم يكن على الأب شيء مما أخذه ﴾

وجملة الأمر : أنه يجوز لأبى المرأة أن يشترط شيئا من صداق ابنته لنفسه ، وبهذا قال إسحاق ، وقد روى عن مسروق : أنه لما زوج ابنته اشترط لنفسه عشرة آلاف ، فجعلها في الحجج والمساكين ، ثم قال للزوج : جهز امرأتك^(١) ، وروى نحو ذلك عن علي بن الحسين . وقال عطاء ، وطاوس ، وعكرمة ،

(١) ولا زال أهل الجزيرة العربية على هذا الرأي إلى الآن .

وعمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وأبو عبيد : يكون كل ذلك للزوجة . وقال الشافعي : إذا فعل ذلك فلها مهر المثل وتفسد التسمية ، لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد ، لأن المهر لا يجب إلا للزوجة ، لأنه عوض بضعها ، فيبقى مجهولاً لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط ، وذلك مجهولاً فيفسد .

ولنا : قول الله تعالى في قصة شعيب عليه السلام : « إني أريد أن أنكِحَكَ إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانينَ حَجَجٍ » فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنمه ، وهو شرط لنفسه ، ولأن للوالد الأخذ من مال ولده ، بدليل قوله عليه السلام : « أنت وما لك لأبيك » وقوله : « إن أولادكم من أطيب كسبكم ، فكلوا من أموالهم » ، أخرجه أبو داود ونحوه الترمذي . وقال : حديث حسن ، فإذا شرط لنفسه شيئاً من الصداق يكون ذلك أخذاً من مال ابنته وله ذلك .

وقولهم : إنه شرط فاسد . ممنوع ، قال القاضي : ولو شرط جميع الصداق لنفسه صح ، بدليل قصة شعيب [عليه السلام] فإنه شرط الجميع لنفسه ، وإذا تزوجها على ألف لها ، وألف لأبيها ، فطلقت قبل الدخول ، رجع الزوج في الألف الذي قبضته ، ولم يكن على الأب شيء مما أخذ ، لأن الطلاق قبل الدخول يوجب نصف الصداق . والألفان جميع صداقها ، فرجع عليها بنصفيهما ، وهو ألف ، ولم يكن على الأب شيء ، لأنه أخذ من مال ابنته ألفاً ، فلا يجوز الرجوع عليه به ، وهذا فيما إذا كان قد قبضها الألفين ولو طلقها قبل قبضهما سقط عن الزوج ألف ، وبقي عليه ألف للزوجة ، يأخذ الأب منها ما شاء .

وقال القاضي : يكون بينهما نصفين ، وقال : نقله مهنا عن أحمد ، لأنه شرط لنفسه النصف ، ولم يحل من الصداق إلا النصف ، وليس هذا القول على سبيل الإيجاب ، فإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء ، وإذا ملك أن يأخذ من غير شرط ، فكذلك إذا شرط .

(فـصـل)

٥٥١٧

فإن شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ والعم فالشرط باطل ، نص عليه أحمد ، وجميع المحدثين لها ، ذكره أبو حفص ، وهو قول من سمينا في أول المسألة ، وقال الشافعي : يجب مهر المثل ، وهكذا ذكر القاضي في المجرد ، لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق ما نقصت الزوجة لأجله ، ولا يعرف قدره ، فيصير الكل مجهولاً فيفسد ، وإن أصدقها ألفين على أن تعطى أخاها ألفاً فالصداق صحيح ، لأنه شرط لا يزداد في المهر من أجله ، ولا ينقص منه . فلا يؤثر في المهر ، بخلاف التي قبها .

ولنا : أن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها ، فيكون صداقاً لها ، كما لو جعله لها ، وإذا كان صداقاً انتفت الجهالة ، وهكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقاً ، وإنما هو أخذ من مال ابنته ، لأن له (م ٢٩ — الفنى — سام)

ذلك . ويشترط ألا يكون ذلك مجحفاً بمال ابنته ، فإن كان مجحفاً بمالها لم يصح الشرط ، وكان الجميع لها ، كما لو اشترطه سائر أوليائها . ذكره القاضى فى المجرى .

(فصل)

٥٥١٨

فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع فى نصف ما أعطى الأب ، لأنه الذى فرضه لها فترجع فى نصفه ، لقوله تعالى : « فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ » ويحتمل : أن يرجع عليها بقدر نصفه ، ويكون ما أخذه الأب له ، لأننا قد رنا أن الجميع صار لها ، ثم أخذه الأب منها ، فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها ، وهكذا لو أصدقها ألفاً لها وألفاً لأبيها ، ثم ارتدت قبل الدخول ، فهل يرجع فى الألف الذى قبضه الأب [عليه] أو عليها ؟ على وجهين .

﴿ مسألة ﴾

٥٥١٩

قال ﴿ وإذا أصدقها عبداً صغيراً فكبير ثم طلقها قبل الدخول ، فإن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، أو تدفع إليه نصفه زائداً إلا أن يكون يصلح صغيراً لما لا يصلح له كبيراً ، فيكون له عليها نصف قيمته يوم وقع عليه العقد ، إلا أن يشاء أخذ ما بذلته من نصفه ﴾ فى هذه المسألة أحكام :

منها : أن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهذا قول عامة أهل العلم ، إلا أنه حكى عن مالك : أنها لا تملك إلا نصفه . وروى عن أحمد ما يدل على ذلك ، وقال ابن عبد البر : هذا موضع اختلف فيه السلف والأئمة . وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها تملكه . وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « إن أعطيتها إزارك ، جلست ولا إزار لك ^(١) » دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ، ولأنه عقد تملك به العوض بالعقد ، فملك فيه العوض كاملاً كالبيع ، وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه ، وإن كانت قد ملكت نصفه .

إذا ثبت هذا ، فإن نماءه وزيادته لها ، سواء قبضته أو لم تقبضه . متصلاً كان أو منفصلاً ، وإن كان مالا زكائياً حال عليه الحول ، فزكاته عليها ، نص عليه أحمد . وإن نقص بعد قبضها له أو تلف ، فهو من ضمانها ، ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها ، وأما قبيل القبض ، فهو من ضمان الزوج ، إن كان مكيلاً أو موزوناً ^(٢) . وأما غيرها فإن منعها منه ولم يمكنها من قبضه فهو من ضمانه ، لأنه

(١) الحديث رواه البخارى ومسلم عن سهل بن سعد فى قصة المرأة التى وهبت نفسها للنبي وأعرض عنها ورغب فيها بعض أصحابه (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ إن كان مكيالاً أو يوزن

بمنزلة الفاسد . وإن لم يحل بينه وبينها ، فهل يكون من ضمانها أو من ضمانه ؟ على وجهين بقاء على المبيع ، وقد ذكرنا حكمه في باب .

الحكم الثانى : أن الصدّاق يتنصف بالطلاق قبل الدخول ، لقوله تعالى : « وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ » ^(١) ، وليس في هذا اختلاف بحمد الله . وقياس المذهب : أن نصف الصدّاق يدخل في ملك الزوج حكما كالإرث لا يفتقر إلى اختياره وإرادته ، فما يحدث في النماء يكون بينهما ، وهو قول زفر ، وذكر القاضي احتمالا آخر : أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع ، وهو قول أبى حنيفة ، وللشافعى قولان كالوجهين . ولنا : قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » أى لكم أو لهن ، فاقضى ذلك أن النصف لها ، والنصف له بمجرد الطلاق ، ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض ، فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ، ولأنه سبب لنقل الملك ، فنقل الملك بمجرد كالمبيع وسائر الأسباب ، ولا تلزم الشفعة ، فإن سبب الملك فيها الأخذ بها ، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره ، وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ، ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره ، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره ، فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق ، وثبوت الملك للأخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق ، فإن ثبوت الملك حكم لها ، وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته ، فإن نقص الصدّاق في يد المرأة بعد الطلاق ، فإن كان قد طالبها به فتمتعه ، فعليها الضمان ، لأنها غاصبة ، وإن تلف قبل مطالبتها بقياس المذهب : أنه لا ضمان عليها ، لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها ، فلم تضمنه كالوديعة . وإن اختلفا في مطالبتها لها فالقول قولها ، لأنها منسكرة . وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق وقالت : بعده ، فالقول أيضا قولها ، لأنه يدعى ما يوجب الضمان عليها وهى تنكره ، والقول قول المنكر . وظاهر قول أصحاب الشافعى : أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق ، لأنه حصل في يدها بحكم قطع العقد . فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ ^(٢) .

ولنا : ما ذكرناه ، وأما المبيع فيحتمل أن يمتنع ، وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده ، وفي مسألتنا ليس من المرأة فعل ، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده ، فأشبه ما لو ألقى ثوبه في دارها بغير أمرها .

(فصل)

٥٥٢٠

ولو خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل دخوله بها ، فلها في النكاح الثانى

(١) سورة البقرة آية ٢٣٧ (٢) فى المخطوطة ٣٩ إذا ارتفع العقد بفسخه

نصف الصداق أو المسمى فيه ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لها جميعه ، لأن حكم الوطاء موجود فيه ، بدليل أنها لو أتت بولد لزمه . ولنا : قول الله سبحانه : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم »^(١) ، ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه ، فوجب أن ينصف به المهر ، كالو تزوجها بعد العدة . وما ذكره غير صحيح ، فإن لحوق النسب لا يقف على الوطاء عنده ، ولا يقوم مقامه . فأما إن كان لم يدخل بها فى النكاح الأول أيضاً فعليه نصف الصداق الأول ، ونصف الصداق الثانى ، بغير خلاف .

الحكم الثالث : أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة ، كمبد يكبر أو بتعلم صناعة أو بسمن ، أو متميزة كالولد والمكسب والثمرة ، فإن كانت متميزة أخذت لزيادة ورجع بنصف الأصل ، وإن كانت غير متميزة ، فالخيرة إياها إن شئت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد ، لأن الزيادة لها لا يلزمها بدلها ، ولا يمكنها دفع الأصل بدونها ، فعمرنا إلى نصف القيمة ، وإن شئت دفعت إليه نصفاً زائداً فيلزمه قبوله ، لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تميز ، فإن كان محجوراً عليها لم يكن لها الرجوع إلا فى نصف القيمة ، لأن الزيادة لها ، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها ، وإن نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها ، ولا يخلو أيضاً من أن يكون النقص متميزاً . أو غير متميز ، فإن كان متميزاً كمبدين تاف أحدهما ، فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف ، أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال ، وإن لم يكن متميزاً كمبد كان شاباً فصار شيخاً فنقصت قيمته ، أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة أو هزل ، فالخيار إلى الزوج ، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه ، وإن شاء رجع بنصفه^(٢) ناقصاً فتجبر المرأة على ذلك ، لأنه رضى أن يأخذ حقه ناقصاً ، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له . هذا فى ظاهر كلام الخرقى ، وهو قول أكثر الفقهاء . وقال القاضى : القياس أن له ذلك ، كالمبيع بمسكه ويطالب بالأرش ، وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال محمد بن الحسن : الزيادة غير المتميزة تابعة للعين ، فله الرجوع فيها ، لأنها تتبع فى الفسوخ ، فأشبهت زيادة السوق .

ولنا : أنها زيادة حدثت فى ملكها ، فلم تنصف بالطلاق كالمتميزة ، وأما زيادة السوق فليست ملكه ، وفارق نماء المبيع ، لأن سبب الفسخ العيب ، وهو سابق على الزيادة ، وسبب تنصيف المهر الطلاق ، وهو حادث بعدها ، ولأن الزوج يثبت حقه فى نصف المفروض دون العين ، ولهذا لو وجدها ناقصة كان له

(١) سورة النساء آية : ٢٣٧ .

(٢) على هامش ١٨ : رجع بالنصف . من نسخة أخرى .

الرجوع إلى نصف مثلها أو قيمتها ، بخلاف المبيع المغيب ، والمفروض لم يكن سميماً فلم يكن له أخذه ، والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه ثمنه ، فأما إن نقص الصداق من وجه وزاد من وجه ، مثل أن يتعلم صنعة وينسى أخرى ، أو هزل وتعلم ، ثبت الخيار لكل واحد منهما ، وكان له الامتناع من العين والرجوع إلى القيمة ، فإن اتفقا على نصف المين جاز ، وإن امتنعت المرأة من بذل نصفها ^(١) ، فلها ذلك لأجل الزيادة ، وإن امتنع هو من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص ، وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها .

(فصل)

٥٥٢١

فإن كانت العين تالفة وهي من ذوات الأمثال ، رجع في نصف مثلها ، وإلا رجع في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض ، أو إلى حين التمكن منه على ما ذكرنا من الاختلاف ، لأن العين إن زادت ^(٢) فالزيادة لها تختص بها ، وإن نقصت قبل ذلك فالتقص من ضمانه ، وإن طلقها قبل قبض الصداق وقبل الدخول ، وقد زادت زيادة منفصلة فهي لها تنفرد بها ، وتأخذ نصف الأصل ، وإن كانت الزيادة متصلة فلها الخيار بين أن تأخذ النصف ويبقى له النصف ، وبين أن تأخذ الكل وتدفع إليه قيمة النصف غير زائد ، وإن كان ناقصاً فلها الخيار بين أخذه ناقصاً وبين مطالبة بنصف قيمته غير ناقص .

(فصل)

٥٥٢٢

إذا أصدرتها نخلًا حائلاً فأطلعت ، ثم طلقها قبل الدخول ، فله نصف قيمتها وقت ما أصدرتها . وليس له الرجوع في نصفها ، لأنها زائدة زيادة متصلة ، فأشبهت الجارية إذا سميت ، وسواء كان الطلع مؤبراً أو غير مؤبر ، لأنه متصل بالأصل ، ولا يجب فصله عنه في هذه الحال . فأشبهه السمين وتعلم الصناعة ، فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها أجبر على ذلك ، لأنها زيادة متصلة ، ولا يجب فصلها ، وإن قال : أقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها ، لأن عرف هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجدّاذ ، بدليل البيع ، ولأن حق الزوج انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، فإن قالت المرأة ، إترك الرجوع حتى أجذ ثمرتي ، وترجع في نصف الأصل ، أو : أرجع في الأصل وأمهلي . حتى أقطع الثمرة ، أو قال الزوج : أنا أصبر حتى إذا جذدت ثمرتك رجعت في الأصل ، أو قال : أنا أرجع في الأصل ، وأصبر حتى تجذ ثمرتك ، لم يلزم واحداً منهما قبول قول الآخر ، لأن الحق انتقل إلى القيمة . فلم يعد إلى العين إلا برضاها ، وبحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها ، لأن الضرر عليه . فأشبهه مالو بذلت له نصفها مع طلعها ، وكالو وجد العين ناقصة فرفض بها ، وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز . والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل . وإخراج النور في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر .

(١) في المخطوطة ١٨ : عن بدل نصفها . (٢) في المخطوطة ١٨ : إذا زادت .

وإن كانت أرضاً فخرتها فتلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها كالزيادات المتصلة كلها ، وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها ، وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا أطلع^(١) ، إلا فى موضع واحد ، وهو : أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبوله ، بخلاف الطالع مع النخل ، والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الثمرة لا ينقص بها الشجر ، والأرض تنقص بالزرع وتضعف .
والثانى : أن الثمرة متولدة من النخل فهى تابعة له ، والزرع ملكها أو دعته فى الأرض ، فلا يجبر على قبوله . وقال القاضى : يجبر على قبوله كالأطعم سواء ، وقد ذكرنا ما يقتضى الفرق .
ومسائل الفِراس كمسائل الزرع . فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض [قد] زادت ولا نقصت رجع فى نصفها ، وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع فى نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هى ببذلها زائدة .

(فصل)

٥٥٢٣

وإذا أصدقها خشباً فشققته أبواباً فزادت قيمته لم يكن له الرجوع فى نصفه لزيادته ، ولا يلزمه قبول نصفه ، لأنه نقص من وجه ، فإنه لم يبق مستعداً لما كان يصلح له من التسقيف وغيره ، وإن أصدقها ذهباً أو فضة فصاغته حلياً فزادت قيمته فلها منه من نصفه ، وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ، ولا يخرج عن كونه مستعداً لما كان يصلح له قبل صياغته . وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حلياً فكسرتة ثم صاغته على ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه ، لأنه نقص فى بدنها ، ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة^(٢) التى أحدثتها فيه ، وإن عادت الدنانير والدرهم إلى ما كانت عليه فله الرجوع فى نصفها ، وليس له طلب قيمتها ، لأنها عادت إلى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة ، فأشبهه ما لو أصدقها عبداً فرض ثم برى . ، وإن صاغت الحلى على ما كان عليه ففيه وجهان .

أحدهما : له الرجوع كالدرهم إذا أعيدت .

والثانى : ليس له الرجوع فى نصفه ، لأنها جددت فيه صناعة ، فأشبهه ما لو صاغته على صفة أخرى . ولو أصدقها جارية فهزأت ثم سميت فعادت إلى حالتها الأولى ، فهل يرجع فى نصفها ؟ على وجهين :

(فصل)

٥٥٢٤

وحكم الصداق حكم البيع فى أن ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه ،

(٢) فى المخطوطة ١٨ : لزيادته بالصياغة .

(١) أى : خرج منه الطلع .

وما عداه لا يحتاج إلى قبض ، ولها التصرف فيه قبل قبضه ، وقال القاضى وأصحابه : ما كان متعيناً فلهما التصرف فيه ، وما لم يكن متعيناً كالقفيز من صبرة^(١) ، والرطل من زيت من دن لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالمبيع ، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى : أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا أصل ذكر في البيع ، وذكر القاضى في موضع آخر : أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالنهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه ، لأنه بذل لا يفسخ السبب الذى ملك بهلاكه ، فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث .

وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها ، وهو نوع تصرف فيه . وقياس المذهب : أن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص ، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج ، وإن منعها الزوج قبضه أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال ، لأن يده عادية فضمنه كالمأصوب ، وقد نقل مهنا عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام ، ففقدت عينه ، فقال : إن كانت قبضته فهو لها ، وإن لم تكن قبضته فهو على الزوج . فظاهر هذا أنه جملة قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال . وهو مذهب الشافعى . وكل موضع قلنا : هو من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ، ويضمنه بمثله إن كان مثلياً . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى في القديم . وقال في الجديد : يرجع إلى مهر المثل ، لأن تلف العوض يوجب الرجوع في العوض ، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته كالمبيع . ومهر المثل هو القيمة ، فوجب الرجوع إليه .

ولنا : أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها فالواجب بدلها ، كالمأصوب والقرض والعارية . وفارق المبيع إذا تلف ، فإن البيع انفسخ ، وزال سبب الاستحقاق . إذا ثبت هذا ، فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال :

أحدها : أن يتلف بفعلها ، فيكون ذلك قبضاً منها ، ويسقط عن الزوج ضمانه .

والثانى : تلف بفعل الزوج ، فهو من ضمانه على كل حال ، ويضمنه لها مما ذكرناه .

والثالث : أتلفه أجنبى ، فلهما الخيار بين الرجوع على الأجنبى بضمانه ، وبين الرجوع على الزوج ، ويرجع الزوج على المتلف .

والرابع : تلف بفعل الله تعالى ، فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة .

(فصل)

٥٥٢٥

إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرف في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام :

(١) الصبرة : الطعام المجتمع كالسكوة (ف).

أحدها : ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعق ، فهذا يمنع الرجوع ، وله نصف القيمة لزوال ملكها ، وانقطاع تصرفها ، فإن عادت المين إليها قبل طلاقها ثم طلقها ، وهى فى يدها بحالها ، فله الرجوع فى نصفها ، لأنه وجدها بعينها . فأشبه ما لو لم يخرجها ، ولا يلزم الوالد إذا وهب لولده شيئاً فخرج عن ملكه ثم عاد إليه ، حيث لا يملك الرجوع فيه ، لأننا نمنع ذلك ، وإن سلمناه فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال ، بدليل أنه لا يطالب بهذله ، والزوج لم يسقط حقه بالكلية ، بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه ، فإذا وجد كان الرجوع فى عينه أولى .

وفى معنى هذه التصرفات الرهن ، فإنه وإن لم يزل الملك عن الرقبة لملكه يراد للبيع المزيل للملك ، ولذلك لا يجوز رهن مالا يجوز بيعه ، ففى الرجوع فى المين لإبطال لحق المرتهن من الوثيقة فلم يجوز ، وكذلك الكتابة ، فإنها تراد للعق المزيل للملك ، وهى عقد لازم ، فجرت مجرى الرهن ، فإن طلق الزوج قبل إقباض الهبة أو الرهن أو فى مدة الخيار فى البيع ففيه وجهان .

أحدها : لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته فى ملكها ، فلم تملك لإبطاله كاللازم ، ولأن ملكها قد زال فلم تملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها .

والثانى : تجبر على تسليم نصفه ، لأنها قادرة على ذلك ، ولا زيادة فيها . وللاشافى قولان كمذين الوجهين . فأما إن طلقها بعد تقييض الهبة والرهن ولزوم البيع ، فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة ، لم يكن له الرجوع فى نصفها ، لأن حقه يثبت فى القيمة .

[القسم الثانى] ^(١) : تصرف غير لازم لا ينقل الملك ، كالوصية والشركة والمضاربة ، فهذا لا يبطل حق الرجوع فى نصفه ، ويكون وجود هذا التصرف كعدمه ، لأنه تصرف لم ينقل الملك ، ولم يمنع المالك من التصرف ، فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع ، كالإبداع والعارية .

فأما إن دبرته فظاهر المذهب : أنه لا يمنع الرجوع ، لأنه وصية ، أو تعليق نصفه ، وكلاهما لا يمنع الرجوع ، ولأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ، ولا يجبر الزوج على الرجوع فى نصفه ، بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ، لأن شركة من نصفه مدبر نقص ، ولا يؤمن أن يرفع إلى حاكم حنفى ، فيحكم بعقده ، وإن كانت أمة . فدبرتها خرج على الروايتين ، إن قلنا : تباع فى الدين فهى كالعبد ، وإن قلنا : لا تباع لم يجبر الزوج على الرجوع فى نصفها ، وإن كانت الأمة أو العبد لم يجبر الزوج على الرجوع فى العبد لأنه نقص ، وإن اختار الرجوع وقلنا : الكتابة تمنع البيع منعت الرجوع ، وإن قلنا : لا تمنع

(١) من الأقسام الثلاثة لتصرف الزوج فى الصداق وقد طلق قبل الدخول .

البيع ، احتمل ألا تتمتع الرجوع كالقديور ، واحتمل أن تمنعه ، لأن الكتابة عقد لازم يراد لإزالة الملك فمنعت الرجوع كالرهن .

[القسم الثالث] : تصرف لازم لا يراد لإزالة الملك ، كالإجارة والنزويج ، فهذا نقص فيتمخير بين أن يرجع في نصفه ناقصاً ، لأنه رضى بحقه ناقصاً ، وبين الرجوع في نصف قيمته ، فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة .

فإن قيل : فقد قلتم في الطالع الحادث في النخل : إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا : الفرق بينهما : أن في تلك المسألة تكون للمنة له ، فلا يلزمها قبول منته ، بخلاف مسألتنا ، ولأن ذلك يؤدي إلى التنازع في سقي الثمرة ، ووقت جذاها وقطعها ، لحوف العطش أو غيره ، بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٥٥٢٦

فإن أصدقها شقصاً^(١) ، فهل للشفع أخذه ؟ على وجهين . فإن قلنا : له أخذه فأخذه ، ثم طلق الزوج ، رجع في نصف قيمته ، لأنه قد زال ملكها عنه ، وإن طلقها قبل أخذه بالشفعة وطالب الشفع ففيه وجهان . أحدهما : يقدم الشفع ، لأن حقه أسبق ، فإنه ثبت بالانكاح ، وحق الزوج ثبت بالطلاق ، ولأن الزوج يرجع إلى بدله وهو نصف الفمىة ، وحق الشفع إذا بطل بطل بغير بدل .
والثاني : يقدم الزوج ، لأن حقه أكد . فإنه ثبت بدعى النرآن والإجماع ، وحق الشفعة مجتهد فيه ، غير مجمع عليه . فعلى هذا يكون للشفع أخذ النصف الباقي بنصف ما كان يأخذ به الجميع .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٢٧

قال ﴿ وإذا اختلفا في الصداق بعد العقد في قدره ، ولا بينة على مبلغه ، فالقول قولها ما ادعت مهر مثلها ﴾

وجلة ذلك : أن الزوجين إذا اختلفا في قدر المهر ولا بينة على مبلغه فالقول قول من يدعى مهر المثل منهما . فإن ادعت المرأة مهر مثلها أو أقل فالقول قولها ، وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله . وبهذا قال أبو حنيفة . وعن الحسن ، والنخعي ، وحامد بن أبي سليمان ، وأبي عبيد : نحوه .

وعن أحمد رواية أخرى : أن القول قول الزوج بكل حال ، وهذا قول الشعبي ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبي ثور ، وبه قال أبو يوسف ، إلا أن يدعى مستفكراً ، وهو أن يدعى مهرأ لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « ولكن اليمين على المدعى عليه » وقال الشافعي : يتحالفان ، فإن حلف أحدهما ونسكل الآخر ثبت ما قاله ، وإن حلفا وجب مهر المثل . وبه

(١) الشقص : بكسر الشين وسكون القاف النصيب في شيء مشترك (ف) .

قال الثوري ، لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد ، ولا بيضة ، فيتعاقبان قياساً على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن . وقال مالك : إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفاً وفسخ النكاح ، وإن كان بعده فالقول قول الزوج ، وبناه على أصله في البيع ، فإنه يفرق في التخالف بين ما قبل القبض وبعده ، ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إيجاب فقد رضيت بأمانته .

ولنا : أن الظاهر قول من يدعى مهر المثل ، فكان القول قوله قياساً على المنكر في سائر الدعاوى ، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ، ولأنه عقد لا يفسخ بالتخالف ، فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ، ولأن القول بالتخالف يفضى إلى إيجاب أكثر مما يدعيه ، أو أقل مما يقر لها به ، فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين ، وقال : بل هو خمسون ، أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ، ولو ادعت مائتين وقال : بل هو مائة وخمسون ، ومهر مثلها مائة ، فأوجب مائة ، لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها ، ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما ، لم يحز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد ، وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه ، لأنها لا تؤثر في إيجابه .

وفارق البيع ، فإنه يفسخ بالتخالف ، ويرجع كل واحد منهما في ماله . وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح ، فإنها لم تجعله أميناً ، ولو كان أميناً لما لوجب أن تكون أمينة له حين لم يشهد عليها ، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد ، فقد تكون بينهما بيضة فتموت أو تغيب ، أو تنسى الشهادة . إذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه ، لأنه اختلاف فيما يجوز بذله ، فشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الأموال ، وحكي عن القاضي : أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها ، لأنها دعوى في النكاح .

٥٥٢٨

(فصل)

فإن ادعى أقل من مهر المثل ، وادعت هي أكثر منه ، رد إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يميناً ، والأولى أن يتحالفوا ، فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة ، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه كالمنكر في سائر الدعاوى ، ولأنهما تساويا في عدم الظهور ، فيشرع التحالف ، كما لو اختلف المتبايعان . وهذا قول أبي حنيفة ، والباقون على أصولهم .

٥٥٢٩

(فصل)

فإن قال : تزوجتك على هذا العبد ، فقالت : بل على هذه الأمة ، وكانت قيمة العبد مهر المثل ، أو أكثر ، وقيمة الأمة فوق ذلك ، حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد ، لأن قوله يوافق الظاهر ، ولا تجب

عين العبد لثلا يدخل في ملكها ما تنكره^(١)، وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل، وقيمة العبد أقل من ذلك، فالقول قول الزوجة مع يمينها . وهل تجب الأمة أو قيمتها؟ فيه وجهان : أحدهما : تجب عين الأمة ، لأننا قبلنا قولها في القدر ، فكذلك في العين^(٢)، وليس في ذلك إدخال ما تنكره^(٣) في ملكها .

والثاني : تجب لها قيمتها ، لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لافي العين ، فأوجبنا لها ما وافقت الظاهر فيه . وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل ، أو كان العبد أقل من مهر المثل ، والأمة أكثر منه وجب مهر المثل إذا تحالفا ، وظاهر قول القاضي : أن اليمين لا يشرع في هذا كله .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٣٠

قال ﴿ وإن أنكر أن يكون لها عليه صداق فالقول أيضاً قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر مثلها إلا أن يأتي ببيينة تبرئته منه ﴾

وجملة ذلك : أن الزوج إذا أنكر صداق امرأته ، وادعت ذلك عليه ، فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها ، سواء ادعى أنه وفي لها ، أو أبرأته منه ، أو قال : لا تستحق على شيئاً ، وسواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده ، وبه قال سميد بن جبير ، والشعبي ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وحكى عن فقهاء المدينة السبعة أنهم قالوا : إن كان بعد الدخول فالقول قول الزوج ، والدخول بالمرأة يقطع الصداق ، وبه قال مالك ، قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا كانت العادة تمجّل الصداق كما كان بالمدينة ، أو كان الخلاف فيما تمجّل منه في العادة ، لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه ، فكان الظاهر معه .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه فلم يقبل بغير بيينة ، كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول .

(فصل)

٥٥٣١

فإن دفع إليها أنفاً ثم اختلفا فقال : دفعتها إليك صداقاً ، وقالت : بل هبة ، فإن كان اختلافهما^(٤)

- (١) في النسخ المطبوعة (ما ينكره) وصوابه (ما تنكره) بالناء لا بالباء كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٧٠ (ف).
- (٢) على هامش المخطوطة ٢٠ : فكذلك يقبل قولها في العين . من نسخة أخرى .
- (٣) في المطبوعة (ما ينكره) وصوابه أيضاً (ما تنكره) (ف).
- (٤) على هامش للمخطوطة ٢٠ : فإن كان خلافاً . من نسخة أخرى .

في نيته كأن قالت : قصدت الهبة ، وقال : قصدت دفع الصداق ، فالقول قول الزوج بلا يمين ، لأنه أعلم بمانواه ، ولا نطلع المرأة على نيته ، وإن اختلفا في لفظه فقالت : قد قلت : خذي هداية ، أو هدية ، فأنكر ذلك ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنها تدعى عليه عقداً على ملكه ، وهو ينكره ، فأشبهه بالوادعت عليه بيع ماله لها ، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه ، كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عوضاً ، ثم اختلفا ، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صدقاتها ، فللمرأة رد العوض ، ومطالبة بصدقاتها .

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد ، في رجل تزوج امرأة على صداق ألف ، فبعث إليها بقيمته متاعاً وثياباً ، ولم يخبرهم أنه من الصداق ، فلما دخل سأله الصداق فقال لها : قد بعث إليك بهذا المتاع ، واحتسبته من الصداق . فقالت المرأة : صداق دراهم : ترد الثياب والمتاع ، وترجع عليه بصدقاتها ، فهذه الرواية إذا لم يخبرهم^(١) أنه صداق ، فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق ، وادعت هي أنه قال : هو هبة ، فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ، ويتراجعان بما لكل واحد منهما ، وحكى عن مالك أنه قال : إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم ، فالقول قولها ، لأن الظاهر معها ، وإلا فالقول قوله .

ولنا : أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها ، فكان القول قول المالك ، كما لو قال : أودعتك هذه العين قال : بل وهبتها .

(فصل)

٥٥٣٢

إذا مات الزوجان واختلف ورثتهما ، قام ورثة كل إنسان مقامه إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت ، ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم ، لأنه يحلف على نفي فعل الغير . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إن مات أحد الزوجين فكذلك ، وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة القسمية ، فأنكرها ورثة الزوج جملة ، لم يحكم عليهم بشيء . قال أصحابه : إنما قال ذلك إذا تقدم العهد ، لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل ، لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات . وقال محمد بن الحسن : يقضى بمهر المثل ، وقال زفر : بعشرة دراهم ، لأنه أقل الصداق

ولنا : أن ما اختلف فيه المتماقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين . وما ذكروه ليس بصحيح ، لأنه لا يسقط الحق لتقدم العهد ، ولا يمتد الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات .

(فصل)

٥٥٣٣

وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة ، قام الأب مقام الزوجة في اليمين ، لأنه يحلف على فعل

(١) في النسخ المطبوعة (تخبرهم) بالناء . وصوابه (بالياء) (ف) .

نفسه ، ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق ، فسمعت يمينه فيه كالزوجة : فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه ، لأن الحق لها ، وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها ، فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها ، كالوصى إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه ، فأما البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفتها ، لأن الكبيرة قولها مقبول في الصداق ، والحق لها دونه .

وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع ، وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ، ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين . فإن ادعى أنه زوجها بأكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج ، لأن القول قوله في قدر مهر المثل .

(فصل)

٥٥٣٤

إذا أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعى أنه تزوجها بغير صداق ، فإن كان بعد الدخول نظرنا ، فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب ذلك من غير يمين ، لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل ، فلا فائدة في الاختلاف . وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج ، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين ، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ، ويجب لها مهر المثل . وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على الروابيتين فيما إذا اختلفا في قدر الصداق ، فإن قلنا : القول قول الزوج فإنها المنة ، وإن قلنا : القول قول من يدعى مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر مثلها . هذا إذا طلقها ، وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروابيتين ، وكل من قلنا : القول قوله فعليه اليمين .

﴿مسألة﴾

٥٥٣٥

قال ﴿ وإذا تزوجها بغير صداق لم يسكن لها عليه إذا طلقها قبل الدخول إلا المنة ﴾ وجملة : أن النكاح يصح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم . وقد دل على هذا قول الله تعالى : « لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً »^(١) وروى : « أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها ، لا وكس ولا شطط »^(٢) ، وعليها العدة ، ولها للبراءة . فقام مَقْلُ ابن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بَرَوَع^(٣) بنتِ وَاشِقِ امرأة مِنَّا مِثْلَ

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٢) لها صداق نسائها : أي لها مهر مثل نسائها ، لا وكس : أي لا تنقص . لاشطط : أي لا جور ولا زيادة (ف) .

(٣) زوجها هلال بن ميسرة الأشجعي كما في سنن أبي داود (ف) .

بروع بالفتح والكسر قال السندي : لكسر عند أهل الحديث . والفتح عند أهل اللغة .

ما قَضَيْتَ»^(١). أخرجه أبوداود والترمذى وقال حديث حسن صحيح ، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق ، فصح من غير ذكره كالنفقة ، وسواء تركا ذكر المهر ، أو شرطاً نفيه ، مثل أن يقول : زوجتك بغير مهر ، فيقبله كذلك . ولو قال : زوجتك بغير مهر في الحال ، ولا في النسيء ، صح أيضاً .

وقال بعض الشافعية : لا يصح في هذه الصورة ، لأنها تكون كالوهوبة . وليس بصحيح ، لأنه قد صح فيما إذا قال : زوجتك بغير مهر ، فيصح ههنا ، لأن معناها واحد ، وما صح في إحدى الصورتين للنسائيين صح في الأخرى . وليست كالوهوبة ، لأن الشرط يفسد ، ويجب للمهر .

إذا ثبت هذا ، فإن المزوج بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها ، فنكسر أضاف الفعل إليها ، على أنها فاعلة ، مثل مقومة ومن فتح أضافه إلى وليها ، ومعنى التفويض الإهمال ، كأنها أهملت أمر المهر ، حيث لم تسمه . ومنه قول الشاعر :

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ قَوْضَى لَا مَرَاةَ لَمْ وَلَا مَرَاةَ إِذَا جُهِلَتْ سَادُوا^(٢)

يعنى مهملين . والتفويض على ضربين : تفويض بضع . وتفويض مهر .

فأما تفويض البضع فهو الذى ذكره الخرقى وفسرناه ، وهو الذى ينصرف إليه إطلاق التفويض . وأما تفويض المهر ، فهو أن يجعل الصداق إلى رأى أحدهما ، أو رأى أجنبي ، فيقول : زوجتك على ما شئت ، أو على حكمك ، أو على حكى ، أو حكمها ، أو حكم أجنبي ، ونحوه فهذه لها مهر المثل في ظاهر

(١) الحريث أخرجه الحاكم في المستدرک ج ٢ ص ١٨٠ وأحمد في المسند ٣ ص ٤٨٠ وأبو داود ج ١ ص ٤٨٧ والنسائي ج ٦ ص ١٢١ وابن ماجه ج ١ ص ٥٨٤ والترمذى ج ٥ ص ٨٥ — ٨٧ ثم قال « حديث ابن مسعود حديث حسن صحيح وقد روى عنه من غير وجه والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وبه يقول الثوري وأحمد وإسحق . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم على بن أبى طالب وزين بن ثابت وابن عباس وابن عمر : إذا تزوج الرجل المرأة ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً حتى مات قال لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة وهو قول الشافعى ، قال : لو ثبت حديث بروع بنت واشق لكانت الحجة فيما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . وروى عن الشافعى أنه رجع بصر بعد هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق » انتهى (ف) .

(٢) قاله الأئمة الأودى (ف) .

والسراة جمع سرى وهو السيد الشريف اللطاع ومفاد البيت أن الناس لا يصلحون إذا أهملوا ولم يتول عليهم أولوا المجد والشرف والعلم والخبرة . (ف) .

كلام الخرق ، لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق ، لسكنه مجهول ، فسقط لجهالة^(١) ، ووجب مهر المثل .
والتفويض الصحيح أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر ، أو بتفويض قدره
أو زوجها أبوها كذلك . فأما إن زوجها غير أبيها ، ولم يذكر مهرأ بغير إذنها في ذلك ، فإنه
يجب مهر المثل .

وقال الشافعي : لا يكون التفويض إلا في الصورة الأولى ، وقد سبق الكلام معه في أن اللأب أن
يزوج ابنته بدون صداق مثلاً ، فكذلك يجوز تفويضه ، فإذا طُلِّقَت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها
إلا المنة ، نص عليه أحمد في رواية الجماعة ، وهو قول ابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وعطاء ، وجابر بن
زيد ، والشمعي ، والزهرى ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي .

وعن أحمد رواية أخرى : أن الواجب لها نصف مهر مثلاً . لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد
الدخول ، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول ، كما لو سمي محرماً .

وقال مالك ، والليث ، وابن أبي ليلى : المنة مستحبة غير واجبة ، لأن الله تعالى قال : « حَقًّا عَلَى
الْمُحْسِنِينَ »^(٢) ، فخصهم بها ، فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل ، والإحسان ليس بواجب ، ولأنها
لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم .

وانا : قوله تعالى : « وَمَتَّعُوهُنَّ »^(٣) . أمر ، والأمر يقتضى الوجوب . وقال تعالى : « وَلِلْمُطَلَّقاتِ
مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ »^(٤) . وقال تعالى : « إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ
قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ »^(٥) . ولأنه طلاق في نكاح
يقتضى عوضاً ، فلم يفر عن العوض ، كما لو سمي مهرأ ، وأداء الواجب من الإحسان ، فلا تعارض بينهما .

(فصل)

٥٥٣٦

فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول ، فلها نصف ما فرض لها ، ولا منة ، وهذا قول ابن عمر ،
وعطاء ، والشمعي ، والنخعي ، والشافعي ، وأبي عبيد . وعن أحمد : أن لها المنة ، ويسقط المهر . وهو قول
أبي حنيفة ، لأنه نكاح عرى عن تسمية ، فوجب به المنة ، كما لو لم يفرض لها .
وانا : قوله تعالى : « وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ
مَا فَرَضْتُمْ »^(٦) . ولأنه مفروض يستقر بالدخول ، فتنصف بالطلاق قبله ، كما يسمى في العقد .

(١) في المخطوطة ١٨ : فسقط لذلك . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٤١ (٥) سورة الأحزاب آية ٤٩ (٦) سورة البقرة آية ٢٣٧

٥٥٣٧

(فصل)

ومن أوجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة ، سواء كانت ممن سعى لها صداق أو لم يسم لها ، لكن فرض بعد العقد ، وبهذا قال أبو حنيفة ، فيمن سعى لها ، وهو قديم قول الشافعى . وروى عن أحمد : لكل مطلقة متاع . وروى ذلك عن على بن أبى طالب ، والحسن ، وسعيد بن جبير ، وأبى قلابه ، والزهرى ، وقتادة ، والضحاك ، وأبى ثور ، لظاهر قوله تعالى : « والمطلقات متاعٌ بالمعروف حقاً على المتقين »^(١) . وأقوله تعالى « لنبيه عليه السلام : (قُلْ لِأَزْوَاجِك — إلى قوله — فَتَمَالَيْنَ أُمَتَّعُكُمْ وَأَمْرٌ خَيْرٌ) »^(٢) وعلى هذه الرواية : لكل مطلقة متاع ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، مدخولا بها أو غيرها ، لما ذكرنا .

وظاهر المذهب أن المتعة لا تجب إلا للمفوضة التى لم يدخل بها إذا طلقت ، قال أبو بكر : كل من روى عن أبى عبد الله فيما أعلم روى عنه : أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن لم يسم لها مهر . إلا حنبلًا ، فإنه روى عن أحمد : أن لكل مطلقة متاعاً . قال أبو بكر : والعمل عليه عندى ، لولا تواتر الروايات عنه بخلافها .

ولنا : قوله تعالى : « لا جناحَ عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهنَّ أو تفرضوا لهنَّ فريضةً ومتَّعوهنَّ »^(٣) . ثم قال : « وإن طلقتموهنَّ من قبل أن تمسوهنَّ وقد فرضتم لهنَّ فريضةً فنصفُ ما فرضتم » فخص الأولى بالمتعة ، والثانية بنصف المفروض ، مع تقسيمه النساء قسمين ، وإثباته لكل قسم حكماً ، فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه ، وهذا يخص ما ذكرناه .

ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع فى غير المفوضة على الاستحباب ، لدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها ، جمعاً بين دلالة الآيات والمعنى ، فإنه عوض واجب فى عقد ، فإذا سمى فيه عوض صحيح لم يجب غيره ، كسائر عقود المعاوضة ، ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ، ولا ما يقوم مقامها ، فلم تجب لها عند الفرقة كالماتوفى عنها زوجها .

٥٥٣٨

(فصل)

ولو طلق المسمى لها بعد الدخول ، أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول ، فلا متعة لواحدة منهما إلا على رواية حنبل ، وقد ذكرنا ذلك ، وذكرنا قول من ذهب إليه ، وظاهر المذهب : أنه لا متعة لواحدة منهما وهو قول أبى حنيفة . وللشافعى قولان كالروايتين ، وقد ذكرنا ذلك .

إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يتعهما ، نص عليه أحمد ، فقال : أنا أوجبها على من لم يسم لها صداقاً ،

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٦

(٢) سورة الأحزاب آية ٢٨

(١) سورة البقرة آية ٢٤١

فإن كان سمي صداقا فلا أوجبها عليه ، وأستحب أن يمتنع وإن سمي لها صداقا^(١) ، وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ، ودلالته على إيجابها . وقول على رضي الله عنه ومن سمينا من الأئمة بها ، فلها امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب ، ودلالة المعنى المذكور عليه ، تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب ، أو على أنه أريد به الخصوص : وأما المتوفى عنها [زوجها] فلا متعة لها بالإجماع ، لأن النص العام لم يقتضها ، وإنما يتناول المطلقات ، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة ، فلم يجب لها به سواء كافى سائر العقود .

(فصل)

٥٥٣٩

والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول . وسواء في ذلك الحر والعبد ، والمسلم والذمي ، والحرّة والأمة ، والمسلمة والذمية ، وحكى عن أبي حنيفة : لا متعة للذمية ، وقال الأوزاعي إن كان الزوجان أو أحدهما رقيقاً فلا متعة .

ولنا . عموم النص ، ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي لها ، فتجب لكل زوجة على كل زوج ، كنصف المسمى ، ولأن ما يجب من العوض يستوى فيه المسلم والكافر ، والحر والعبد كالنصف .

(فصل)

٥٥٤٠

فأما المفوضة المهر ، وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما ، أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها ، أو التي مهرها فاسد ، فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ، ولا متعة لها ، هذا ظاهر كلام الخرقى . وقد صرح به في التي مهرها فاسد ، وهو مذهب الشافعى . وعن أحمد : أن لها المتعة دون نصف المهر كالمفوضة البضع ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة^(٢) فأشبهت التي لم يسم لها شيء .

ولنا : أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق ، فوجب أن يتنصف كما لو سماه ، أو نقول : لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها ، وتفارق التي رضيت بغير عوض ، فإنها رضيت بغير صداق . وعاد بضعها سليما فعوضت المتعة بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٥٥٤١

وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة ، وما يسقط به المسمى من الفرق

(١) قوله « وإن سمي لها صداقا » بالواو يشعر أنه يستحب أن يمتنع إن لم يسم أيضا ، مع أنه قال بالوجوب إذا

(٢) في المخطوطة ١٨ من التسمية الصحيحة .

لم يسم - فالأولى حذف الواو . (ف)

كاختلاف الدين ، والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة ، لأنها أقيمت مقام نصف المسمى ، فسقطت في موضع يسقط كما تسقط الأبدال بما يسقط مبدلها .

(فصل)

٥٥٤٢

قال أبو داود : سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ، ولم يكن فرض لها مهرأ ، ثم وهب لها غلاما ، ثم طلقها قبل الدخول . قال : لها المتعة ، وذلك لأن الهبة لا تنقضي بها المتعة ، كما لا ينقضي بها نصف المسمى ، ولأن المتعة إنما تجب بالطلاق ، فلا يصح قضاؤها قبله ، ولأنها واجبة فلا تنقضي بالهبة كالمسمى .

﴿مسألة﴾

٥٥٤٣

قال ﴿على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره، فأعلاء خادم، وأدناه كسوة يجوز لها أن تصلى فيها إلا أن يشاء هو أن يزيدا، أو تشاء هي أن تنقصه﴾

وجملة ذلك : أن المتعة معتبرة بحال الزوج ^(١) في يساره وإعساره . نص عليه أحمد . وهو وجه لأصحاب الشافعى . والوجه الآخر ، قالوا : هو معتبر بحال الزوجة ، لأن المهر معتبر بها ، كذلك المتعة القائمة مقامه . ومنهم من قال : يجزىء في المتعة ما يقع عليه الاسم ، كما يجزىء في الصداق ذلك .

ولنا : قول الله تعالى : « عَلَى الْمُسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ » ^(٢) ، وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ، وأنها تختلف ، ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ، ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره .

إذا ثبت هذا فاختلفت الرواية عن أحمد فيها . فروى عنه مثل قول الخرقى : أعلاها خادم ، هذا إذا كان موسراً ، وإن كان فقيراً متمها كسوتها : درعاً ، وخماراً ، وثوباً تصلى فيه ، ونحو ذلك قال ابن عباس ، والزهرى ، والحسن : قال ابن عباس : أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك النفقة ، ثم دون ذلك الكسوة ، ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثورى ، والأوزاعى ، وعطاء ومالك ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأى قالوا : درع ، وخمار ، وملحفة .

والرواية الثانية : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره ، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد ، فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات .

(١) فى المخطوطة ١٨ : تعتبر بحال الزوج

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٦

وذكر القاضى فى المجرّد رواية ثالثة : أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل ، لأنها بدل عنه فيجب أن تقدر به^(١) ، وهذه الرواية تضعف لوجهين .

أحدهما : أن نص الكتاب يقتضى تقديرها بحال الزوج ، وتقديرها بنصف مهر المثل بوجوب اعتبارها بحال المرأة ، لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها .

الثانى : أنالو قدرناها بنصف المهر لكأن نصف المهر^(٢) ، إذ ليس المهر معيناً فى شيء ولا المتعة ، ووجه قول الخرقى قول ابن عباس : « أعلى المتعة الخادم ، ثم دون ذلك الكسوة » . رواه أبو حفص بإسناده ، وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها ، لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تقدر بذلك ، كالكسوة فى الكفارة والسترة فى الصلاة . وروى كئيف السلى : « أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تهاضر الكلبية فحتمها ، بجارية سوداء » ، يعنى مقيمها . قال إبراهيم النخعي : العرب تسمى المتعة للتحميم . وهذا فيما إذا تشاحا فى قدرها ، فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز . لأن الحق لهما لا يخرج عنهما . وهو مما يجوز بذله ، فجاز ما اتفقا عليه كالصداق . وقد روى الحسن بن على : « أنه متع امرأة بمشرة آلاف درهم ، فقالت : متاع قليل من حبيب مفارق » .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٤٤

قال : ﴿ ولو طالبت قبل الدخول أن يفرض لها أجبر على ذلك ، فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره ، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته ﴾

وجملة ذلك : أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر ، لأن النكاح لا يخلو من المهر ، فوجبت لها المطالبة ببيان قدره . وبهذا قال الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً . فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه ، قليلا كان أو كثيراً ، سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالين به . وقال الشافعى فى قول له : لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل ، لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل ، فيحتاج أن يكون المبدل معلوماً .

ولنا : أنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها ، فلا تمنع من ذلك . وقولهم : إنه بدل غير صحيح ، فإن البديل غير المبدل . والمفروض إن كان ناقصاً فهو بعضه ، وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ، ولا يصح جملة بدلا ، ولو

(١) فى المخطوطة ١٨ : فيجب أن تقدر به .

(٢) فى جميع النسخ « لكأن نصف المهر » والصواب « لكأن نصف مهر المثل » كما فى الترح الكبير ص ٩٢

ويؤيد ذلك أيضاً تعليقه اللاحق (ف) .

كان بدلاً لما جاز مع العلم ، لأنه يبذل ما فيه الربا بنفسه متفاضلاً ، وقد روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أترضى ^(١) أنى أزوجهك فلانة ؟ قال : نعم . وقال المرأة : أترضين أن أزوجهك فلانة ؟ قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه ، ودخل عليها ، ولم يفرض لها صداقاً . فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجنى فلانة ولم يفرض لها صداقاً ، ولم أعطها شيئاً ، وإنى قد أعطيتها عن صداقها سهمى بخير ، فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف . فإما إن تشاحا فيه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة . بدواه ، فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه ، فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة ، لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء .

وإن فرض لها أقل من مهر المثل فالها المطالبة بتمامه ، ولا يثبت لها ما لم ترض به ، وإن تشاحا وارتفعا إلى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل ، لأن الزيادة ميل عليها ، والعدل للمثل ، ولأنه إنما يفرض بدل البضع ، فيقدر به كالمسألة إذا تلفت ، فرجما في تقويمها إلى أهل الخبرة ، ويعتبر معرفة مهر المثل ، ليتوصل إلى إمكان فرضه ، ومتى صح الفرض صار كالسمى في العقد في أنه يقتصف بالطلاق ، ولا تجب المتعة معه ، وإذا فرضه الحاكم لزم ما فرضه ، سواء رضيته أو لم ترضه ، كما يلزم ما حكم به .

(فصل)

٥٥٤٥

وإن فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح فرضه ، وكان وجوده كعدمه . لأنه ليس بزواج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرضه لها فرضيته ، احتمل : ألا يصح لها ذكرنا ، ويكون حكمها حكم من لم يفرض لها ، ويسترجع ما أعطاها ^(٢) ، لأن تصرفه ماصح ، ولا برئت به ذمة الزوج . ويحتمل : أن يصح ، لأنه يقوم مقام الزوج في قضاء المسمى ، فيقوم مقامه في قضاء ما يوجب العقد غير المسمى .

فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه إلى الزوج ، لأنه ماله إياه حين قضى به ديناً عليه ، فيعود إليه كما لو دفعه هو . ولأصحاب الشافعى مثل هذين الوجهين ، وذكروا وجهاً ثالثاً : أنه يرجع نصفه إلى الأجنبي . وذكره القاضى وجهاً لنا ثالثاً . وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه . ولو أن رجلاً قضى المسمى عن الزوج صح . ثم إن طلقها الزوج قبل الدخول رجع نصفه إليه ، وإن فسخت نكاح نفسها بنفسه من جهتها رجع جميعه إليه . وعلى الوجه الآخر : يرجع إلى من قضاء . والله أعلم .

(١) في جميع النسخ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أترضى » وظاهره أنه خطاب لعقبة ، لكن في الشرح الكبير ص ٨٣ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لرجل) أترضى » وهذا هو الصواب بدليل قوله في الحديث « فزوج أحدهما صاحبه » وقد أخرجه كذلك أبو داود ج ١ ص ٤٨٨ (ف) .

(٢) في المخطوطة ٢٠ ويسترد ما أعطاها

٥٥٤٦

(فصل)

ويجب المهر المفوضة بالعقد ، وإنما يسقط إلى المتعة بالطلاق ، وهذا مذهب أبي حنيفة . واختلاف أصحاب الشافعي . فمنهم من قال : الصحيح أنه يجب بالعقد . وقال بعضهم : لا يجب بالعقد قولاً واحداً . ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا ، لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمتعة في العقد .

ولنا : أنها تلك المطالبة به ، فكان واجباً كالمتعة ، ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ، ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر ، والقول بعدم وجوبه يفضي إلى خلوه عنه ، وإلى أن النكاح انعقد صحيحاً ، وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه ، وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المتعة لها بالطلاق إلى المتعة . كما نقل من سمي لها إلى نصف المتعة لها ، والله أعلم

فملى هذا لو فوض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ، ثم فرض لها المهر ، كان لمعتقها أو بائنها ، لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ، ولو فوضت المرأة نفسها ، ثم طالبت بفرض مهرها بعد تغير مهر مثلها ودخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ، ووافق أصحاب الشافعي على ذلك . لأن الوجوب يستند إلى حالة العقد ، إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين .

٥٥٤٧

(فصل)

ويجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً ، سواء كانت مفوضة أو مسمى لها . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي . وروى عن ابن عباس ، وابن عمر ، والزهرى ، وققادة ، ومالك : لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً . قال الزهرى : مضت السنة ألا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً . قال ابن عباس : يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها .

وقد روى أبو داود بإسناده عن^(١) رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : «أن علياً لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها ، فذمه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئاً . فقال يا رسول الله ، ليس لى شيء . فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : أعطها درعك : فأعطها درعه ، ثم دخل بها»^(٢) ورواه ابن عباس أيضاً قال «لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئاً . قال : ما عندي . قال : أين

(١) أخرجه أبو داود ج ١ ص ٤٩٠ (ف) .

(٢) لعل ذلك بعد الحادث الذي رواه الأجهوري (إرشاد الرحمن) من أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى علياً ناقتين ليجمع عليهما من الإذخر ما يؤدي به مهر فاطمة . فأتاها علياً بجواردار كان يتخذها الصحابة للشراب والنام قبل تحريم الحجر ، فخرج العباس فوجد ما فزعهما واقتطع منهما شواء . ولا شهيد النبي صلى الله عليه وسلم الواقعة عاد مغضياً فحرم الحجر انظر القصة بطولها في الورقة ٢٧٠ من المخطوطة المذكورة في علوم القرآن (دار الكتب المصرية)

درعك الخطمية؟^(١) » رواه أبو داود والنسائي .

ولنا : حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي صلى الله عليه وسلم ، ودخل عليها ولم يعطها شيئاً . وروت عائشة قالت : « أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئاً » رواه ابن ماجه ، ولأنه عوض في عقد معاوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه ، كالتن في البيع ، والأجرة في الإجارة . وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب ، فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئاً ، موافقة للأخبار ، ولعادة الناس فيما بينهم ، ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة ، وليكون ذلك أقطع للخصومة . ويمكن حل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب ، فلا يكون بين التواين فرق والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٤٨

قال ﴿ ولو مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه وكان لها مهر نسائها ﴾

أما الميراث فلا خلاف فيه ، فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضاً ، وعقد الزوجية ههنا صحيح ثابت ، فورث به لدخوله في عموم النص . وأما الصداق فإنه يكمل لها مهر نسائها في الصحيح من المذهب ، وإليه ذهب ابن مسعود ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وإسحاق . وروى عن علي ، وابن عباس ، وابن عمر ، والزهرى ، وربيعه ، ومالك ، والأوزاعي : لا مهر لها ، لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس ، فلم يجب بها مهر ، كفرقة الطلاق . وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة ، وكقولهم في الذمية . وعن أحمد رواية أخرى : لا يكمل وينتصف ، وللشافعي قولان كالروايين .

ولنا : ما روى أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : « قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال : لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في برّوع ابنة واشي مثل ما قضيت » . قال الترمذي : هذا حديث صحيح ، وهو نص في محل النزاع ، ولأن الموت معنى يكمل به المسمى ، فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول ، وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ، فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ، ولم تجب

(١) في النسخ (الخطمية) بالحاء وصوابه بالحاء المهملة كما في أبي داود ج ١ ص ٤٩٠ والنسائي ج ٦ ص ١٢٩

وهي بضم الحاء وفتح الطاء وهي التي تحطم السيوف أى تكسرها وقيل : هي العريضة الثقيلة وقيل : هي منسوبة إلى بطن من عبد القيس يقال له : حطمة بن محارب كانوا يعملون الدروع وهذا أشبه الأقوال (ف) .

بالطلاق ، وكل المسمى بالموت ، ولم يكل بالطلاق ، وأما الذمية فإنها مفارقة بالموت ، فكل لها الصداق كالمسلة ، أو كما لو سمي لها ، ولأن المسلة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع ، فيجب ألا يختلفا ههنا .

(فصل)

٥٥٤٩

قوله « مهر نساؤها » يعني مهر مثلها من أقاربها . وقال مالك : تعتبر بمن هي في مثل كالأهل وشرفها ، ولا يختص بأقربائها ، لأن الأعواض إنما تختلف بذلك دون الأقارب .

وانا : قوله في حديث ابن مسعود : « لها مهر نساؤها » ، ونساؤها أقاربها . وما ذكره فنحن نشترطه ، ونشترط معه أن تكون من (نساء)^(١) أقاربها ، لأنها أقرب إليهن . وقوله : لا يختلف ذلك باختلاف الأقارب لا يصح ، فإن المرأة تطلب لحسبها ، كما جاء في الأثر ، وحسبها يختص به أقاربها ، فيزداد المهر لذلك ويقل ، وقد يكون الحى وأهل القرية لهم عادة في الصداق ، ورسم مقرر لا يشاركهم فيه غيرهم ، ولا يغيرونه بتغير الصفات ، فيكون الاعتبار بذلك دون سائر الصفات .

واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها . فقال في رواية حنبل : لها مهر مثلها من نساؤها من قبيل أبيها . فاعتبرها بنساء العصبات خاصة ، وهذا مذهب الشافعي . وقال في رواية إسحاق بن هانيء : لها مهر نساؤها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها . اختاره أبو بكر ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى ، لأنهن من نساؤها والأولى أولى . فإنه قد روى في قصة بَرَقِيع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها » ، ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها ، وشرفها بنسبها ، وأمها وخالتها لا تساويانها في نسبها ، فلا تساويانها في شرفها ، وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة ، وقد تكون أمها شريفة وهي غير شريفة .

وينبني أن يعتبر الأقرب فالأقرب ؟ فأقرب نساء عصباتها إليها أخواتها ، ثم عماتها ، ثم بنات عمها ، الأقرب فالأقرب . ويعتبر أن تكون في مثل حالها في دينها ، وعقلها ، وجمالها ، ويسارها ، وبكارتها ، وثيوبتها ، وصراحة نسبها ، وكل ما يختلف لأجله الصداق ، وأن تكون من أهل بلدها ، لأن عادة البلاد تختلف في المهر . وإنما اعتبرت هذه الصفات كلها لأن مهر المثل إنما هو بدل متلف ، فاعتبرت الصفات المقصودة فيه . فإن لم يكن في عصباتها من هو في مثل حالها فمن نساء أرحامها ، كأمها وجداتها وخالاتها وبناتها ، فإن لم يكن فأهل بلدها ، فإن يكن فنساء أقرب البلدان إليها ، فإن لم يوجد إلا دونها زيد لها بقدر فضيلتها ، وإن لم يوجد إلا خير منها نقصت بقدر نقصها .

(١) ساقطة من المخطوطة : ٢٠ .

(فصل)

٥٥٥٠

ولا يجب مهر المثل إلا حالاً لأنه بدل متلف . فأشبهه قيم المتلفات ، ولا يكون إلا من نقد البلد لما ذكرنا ، ولا تلزم الدية لأنها لا تختلف باختلاف صفات المتلف لأنها مقدرة بالشرع ، فكانت بحكم ما جعل من الحلول والتأجيل ، فلا يعتبر بها غيرها ، ولأنها عُدِلَ بها عن سائر الأبدال فيمن وجبت عليه ، وكذلك في تأجيلها تخفيفاً عنه ، بخلاف غيرها ، فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر ففيه وجهان :

أحدهما : يفرض حالاً لذلك :

والثاني يفرض مؤجلاً ، لأن مهر مثلها مؤجل ، وإن كان عادتهم أنهم إذا زوجوا من عشيرتهم خففوا وإن زوجوا غيرهم ثقلوا اعتبر ذلك ، وهذا مذهب الشافعي .

فإن قيل : فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب ألا يختلف باختلاف المتلف ، كسائر المتلفات ؟ قلنا : النكاح يخالف سائر المتلفات . فإن سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة ، فلم تختلف باختلاف المتلفين ، والنكاح يقصد به أعيان الزوجين ، فاختلف باختلافهم ، ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف العوائد ، والمهر يختلف بالعادات ، فإن المرأة إذا كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم ، وجب مهر المرأة منهم تخفيفاً ، وإن كانت أفضل وأشرف من نساء من عادتهم تثقيل المهر ، وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف أو اليسار ونحو ذلك اعتبر جرياً على عادتهم : والله أعلم .

(فصل)

٥٥٥١

إذا زوج السيد عبده أمته فقال القاضي : لا يجب مهر ، لأنه لو وجب لوجب لسيدها ولا يجب للسيد على عبده مال ، وقال أبو الخطاب : يجب المسمى ، أو مهر المثل إن لم يكن مسمى ، كيلا يخلو النكاح عن مهر ، ثم يسقط لتعذر إثباته .

وقال أبو عبد الله : إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود . قيل : فإن طلقها ؟ قال : يسكون الصداق عليه إذا أعتق . قيل : فإن زوجها منه بغير مهر ؟ قال : قد اختلفوا فيه ، فذهب ، جابر إلى أنه جائز .

﴿مسألة﴾

٥٥٥٢

قال ﴿ وإذا خلا بها بعد العقد فقال : لم أطأها ، وصديقتي ، لم ياتفت إلى قولها ، وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها ، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً ، أو في الزنا ، فإنهما يجلدان ولا يرجعان ﴾ وجملة ذلك : أن الرجل إذا خلا بإمرأته بعد العقد الصحيح استقر عليه مهرها ، ووجبت عليها العدة

وإن لم يطاء ، روى ذلك عن الخلفاء الراشدين ، وزيد ، وابن عمر ، وبه قال على بن الحسين ، وعروة ، وعطاء ، والزهرى ، والأوزاعى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . وهو قديم قولى الشافعى . وقال شريح ، والشعبي ، وطاوس ، وابن سيرين ، والشافعى فى الجديد : لا يستقر إلا بالوطء ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وابن عباس ، وروى نحو ذلك عن أحمد . روى عنه يعقوب بن نختان أنه قال : إذا صدقته المرأة أنه لم يطاءها لم يكمل لها الصداق ، وعليها العدة . وذلك لقول الله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم^(١) » ، وهذه قد طلقها قبل أن يمسه ، وقال تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض^(٢) » ؟ والإفضاء : الجماع ، ولأنها مطلقة لم تمس ، أشبهت من لم يخن بها .

ولنا : إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، روى الإمام أحمد والأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى ، قال : « قفى الخلفاء الراشدون المهديون : أن من أغلق باباً ، أو أرخى ستراً ، فقد وجب المهر ، ووجبت العدة » . ورواه أيضاً عن الأحنف ، عن عمر ، وعلى . وعن سعيد بن المسيب ، وعن زيد بن ثابت : عليها العدة ، ولها الصداق كاملاً ، وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفهم أحد فى عصرهم ، فكان إجماعاً ، وما روه عن ابن عباس لا يصح . قال أحمد : يرويه ليث وليس بالقوى ، وقد رواه حنظلة خلاب ما رواه ليث ، وحنظلة أقوى من ليث ، وحديث ابن مسعود منقطع ، قاله ابن المنذر ، ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها ، فيستقر به البذل ، كما لو وطئها ، أو كما لو أجرت دارها أو باعها وسلتها .

وأما قوله تعالى : « من قبل أن تمسوهن^(٣) » فيحتمل أنه كنى بالسبب عن السبب الذى هو الخلوة ، بدليل ما ذكرناه ، وأما قوله : « وقد أفضى بعضكم إلى بعض^(٤) » فقد حكى عن الفقهاء أنه قال : الإفضاء : الخلوة دخل بها أو لم يدخل^(٥) . وهذا صحيح ، فإن الإفضاء مأخوذ من الفضاء ، وهو الخالى ، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض . وقول الخرقى : « حكمهما حكم الدخول فى جميع أمورهما » ، يعنى : فى حكم ما لو وطئها ، من تكميل المهر ، ووجوب العدة ، وتحريم أختها ، وأربع سواها إذا طلقها ، حتى تنقضى عدتها ، وثبوت الرجعة له عليها فى عدتها . وقال الثورى ، وأبو حنيفة : لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٢) سورة النساء آية ٢١ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٦ (٤) سورة النساء آية ٢١ .

(٥) انظر معانى القرآن للقرآن مخطوط بدار السكيت المصرية الملوحة ٨٧ .

ولنا : قوله تعالى : « وَبُيُوتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ^(١) » ، ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم يفسخ نكاحها ، ولا كل عدد طلاقها ، ولا طلقها بعموض ، فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ، ولها عليه نفقة العدة والسكنى ، لأن ذلك لمن زوجها عليها الرجعة ، ولا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثاً ، أقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة القرشي : « أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » ، ولا الإحصان ، لأنه يعتبر لإيجاب الحسد ، والحدود تُدْرَأُ بالشبهات ، ولا الفسل ، لأن موجبات الفسل خمسة وليس هذا منها ، ولا يخرج به من العنة ، لأن العنة : المعجز عن الوطء ، فلا يزول إلا بحقيقة الوطء ، ولا تحصل به الفيسة ، لأنها الرجوع عما حلف عليه ، وإنما حلف على ترك الوطء ، ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بنفس الوطء ^(٢) ، ولا تفسد به المبادات ، ولا تجب به الكفارة . وأما تحريم الزبيبة فمن أحمد : أنه يحصل بالخلوة ^(٣) ، وقال القاضي ، وابن عقيل : لا تحرم ، وحل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة ، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم . والصحيح أنه لا يحرم لقول الله تعالى : « فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ^(٤) » ، والدخول كناية عن الوطء ، والنص صريح في إباحتها بدونه ، فلا يجوز خلافه .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٥٣

قال ﴿ وسواء خلا بها وما محرمان ، أو صائمان ، أو حائض ، أو سالمان من هذه الأشياء ﴾
اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا خلا بها وبهما أو بأحدهما مانع من الوطء ، كالإحرام ، والصيام ، والحيض ، والنفاس . أو مانع حقيقى ، كالجب ، والعنة ، أو الرتق في المرأة ، فعنه : أن الصداق يستقر بكل حال ، وبه قال عطاء ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، لمعوم ما ذكرناه من الإجماع . وقال عمر في العنين : يؤجل سنة ، فإن هو غشيها ، وإلا أخذت الصداق كاملاً ، وفرق بينهما ، وعليها العدة ، ولأن التسليم المستحق عليها قد وجد ، وإنما الحيض والإحرام والرتق من غير جهتها ، فلا يؤثر في المهر ، كما لا يؤثر في إسقاط النفقة ، وروى أنه لا يكمل به الصداق . وهو قول شريح ، وأبي ثور ، لأنه لا يتمكن من تسليمها ، فلم تستحق عليه مهرأ بمنعها ، كما لو منعت تسليم نفسها إليه ، بحقه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالإجارة .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) في المخطوطة ١٨ : إلا بالوطء . (٣) في المخطوطة ٢٠ : بمجرد الخلوة .

(٤) سورة النساء آية ٢٣

وعن أحمد رواية ثالثة: إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق، فإن كان غيره ككل . قال أبو داود: وسمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير رمضان، فأغلق الباب، وأرخى الستر؟ قال: وجب الصداق، قيل لأحمد: ف شهر رمضان؟ قال: شهر رمضان خلاف لهذا . قيل له: فكان مسافراً في رمضان، قال: هذا مفطر، يعنى وجب الصداق، وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكداً كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق . وقال القاضي: إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجنب، والعنة، والرق والمرض، والحيض، والنفاس، وجب الصداق، وإن كان يمنع دواعيه كالإحرام، وصيام القرض، فعلى روايتين، وقال أبو حنيفة: إن كان المانع من جهتها لم يستقر الصداق، وإن كان من جهته كصيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق، وإن كان جيباً أو عنة كمل الصداق، لأن المانع من جهته، وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها، فأكمل حقها كما يلزم الصغير نفقة امرأته إذا سلمت نفسها إليه .

(فصل)

٥٥٥٤

وإن خلاها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها، أو كانت كبيرة فمنعته نفسها، أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه . لم يكمل صداقها . نص عليه أحمد في المسكوف يتزوج المرأة، فأدخلت عليه، فأرخى الستر، وأغلق الباب، فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق، وأوماً إلى أنها إذا نشرت عليه أو منعته نفسها لا يكمل صداقها، وذكره ابن حامد . وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبهه ما لو لم يخل بها، وكذلك إن خلاها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق، لأنه في معنى الصغيرة في عدم التمكين من الوطء .

(فصل)

٥٥٥٥

والخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر، لأن الصداق لم يجب بالمقد، وإنما يوجب الوطء . ولم يوجد، ولذلك لا ينصف بالطلاق قبل الدخول، فأشبه ذلك الخلوة بالأجنبية . وقد روى عن أحمد ما يدل على أن الخلوة فيه كالخلوة في الصحيح، لأن الابتداء بالخلوة فيه كالا ابتداء بذلك في النكاح الصحيح فيتقرر به المهر كالصحيح . والأولى أولى .

فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد: أنه يكمل به الصداق، فإنه قال: إذا أخذها فمسها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كمالاً إذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره، وقال في رواية مهنا: إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة تقتل أو جـب عليه المهر، ورواه عن إبراهيم: إذا أطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر، لأنه نوع استمتاع فهو كالقبلة قال القاضي: يحتمل أن هذا ينبى على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك، وفيه روايتان، فيكون في تكميل الصداق

به وجهان . أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل » ولأنه مسيس فيدخل في قوله : « من قبل أن تمسوهن » ، ولأنه استمتع بامرأته فأكمل به الصداق كالوطء والوجه الآخر : لا يكمل به الصداق ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأن قوله تعالى « تمسوهن » إنما أريد به في الظاهر . الجماع ، ومقتضى قوله : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » ألا يكمل الصداق لغير من وطئها ، ولا تجب عليها المدة ، ترك عمومها فيمن خلاها للإجماع الوارد عن الصحابة ، فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم .

(فصل)

٥٥٥٦

إذا دفع زوجته فأذهب عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول فليس عليه إلا نصف صداقها ، وقال أبو يوسف ومحمد : عليه الصداق كاملا ، لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح ، فكان عليه المهر كاملا ، كما لو وطئها .

ولنا : قول الله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » ، وهذه مطلقة قبل المسيس ، فأشبهه ما لم يدفعها ، ولأنه أنف ما يستحق إنلافه بالعقد ، فلم يضمه ، كما لو أنف عذرة أمته ، ويتخرج أن يجب ^(١) لها الصداق كاملا ، لأن أحمد قال : إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ، فنيا إذا فله الزوج أولى ، فإن ما يجب به الصداق ابتداء ، أحق بتقرير المهر ونص أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها ، وفيمن نظر إليها وهي عريانة : عليه الصداق كاملا ، فهذا أولى .

(فصل)

٥٥٥٧

وإن دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها ، أو فعل ذلك بإصبعه أو غيرها ، فقال أحمد : لها صداق نساءها ، وقال : إن تزوج امرأة عذراء ، فدفعها هو وأخوه فأذهب عذرتها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فعلى الزوج نصف الصداق ، وعلى الأخ نصف العقر ، وروى ذلك عن علي ، وابنه الحسن ، وعبد الله بن معقل ، وعبد الملك بن مروان ، وقال الشافعي : ليس عليه إلا أورش بكارتها . لأنه إنلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه ، فرجع دينه إلى الحكومة كسائر ما لم يقدر ، ولأنه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الأجنبي أولى .

(١) في المخطوطة ٢٠ : أنه يجب .

ولنا : ما روى سعيد ، قال : حدثنا هشيم ، حدثنا مغيرة ، عن ابراهيم : « أن رجلاً كانت عنده يتيمة نحافت امرأته أن يتزوجها ، فاستعانت بنسوة فضبطنها لها فأفسدت عذرتها ، وقالت لزوجها : إنها فحرت ، فأخبر علياً رضى الله عنه بذلك ، فأرسل على إلى امرأته والنسوة ، فلما أتيته لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن . فقال للحسن بن علي : اقض فيها يا حسن . فقال : الحد على من قذفها ، والعقر عليها ، وعلى المسكات . فقال على : لو كلفت الإبل طحناً لطحنت ، وما يطحن يومئذ بعير » ، وقال : حدثنا هشيم ، قال : حدثنا إسماعيل ابن سالم حدثنا الشعبي : « أن جوارى أربعاً قالت إحداهن : هي رجل ، وقالت الأخرى : هي امرأة ، وقالت الثالثة : هي أبو التي زعمت أنها رجل ، وقالت الرابعة : هي أبو التي زعمت أنها امرأة . فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل إلى التي زعمت أنها أبو المرأة ، فزوجوها إياها ، فمادت إليها فأفسدتها بإصبعها ، ورفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهما أرباعاً ، وألنى حصه التي أمكنت من نفسها . فبلغ عبد الله ابن معقل ، فقال : لو وليت أنا لجمعت الصداق على التي أفسدت الجارية ^(١) وحدها » . وهذه قصص تنفشر ، فلم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن إتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح ، فإذا أنلفه أجنبي وجب المهر كمنفعة البضع .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٥٨

قال ﴿ والزواج هو الذى بيده عقدة النكاح ، فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من المهر ، وهو جازئ الأمر في ماله برىء منه صاحبه ﴾

اختلاف أهل العلم في الذى بيده عقدة النكاح . فظاهر مذهب أحمد رحمه الله أنه الزوج ، روى ذلك عن علي ، وابن عباس ، وجبير بن مطعم ، رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، وسعيد ابن جبير ، ونافع مولى ابن عمر ، ومجاهد ، وإياس بن معاوية ، وجابر بن زيد ، وابن سيرين ، والشعبي ، والثوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في الجديد : وعن أحمد : أنه الولي إذا كان أباً الصغيرة ، وهو [مذهب] الشافعي القديم إذا كان أباً أو جداً . وحكى عن ابن عباس ، وعلقمة ، والحسن ، وطاوس ، والزهرى ، وربيعه ومالك : أنه الولي ، لأن الولي بعد الطلاق هو الذى بيده عقدة النكاح لسكونها قد خرجت عن يد الزوج . ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن ، فينبغي أن يكون عفو الذى بيده عقدة النكاح عنه ليسكون المعفو عنه في الموضعين واحداً . ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن — ثم قال — أو يمسوا الذى بيده عقدة النكاح » ، وهذا خطاب غير حاضر .

(١) في المخطوطة ١٨ : على من أفسدت الجارية . (٢) سورة البقرة آية ٢٣٧ .

ولنا : ماروى الدارقطنى بإسناده عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبى صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : «ولى العقدة الزوج» ولأن الذى بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج ، فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه : وليس إلى الولى منه شيء ، ولأن الله تعالى قال : «وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى»^(١) ، والعفو الذى هو أقرب إلى التقوى هو عفو الزوج عن حقه ، أما عفو الولى عن مال المرأة فليس (هو)^(٢) أقرب إلى التقوى ، ولأن المهر مال الزوجة ، فلا يملك الولى هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها ، وكسائر الأولياء ، ولا يمنع المدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب ، كقوله تعالى : حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ^(٣) ، وقال تعالى : «قُلْ أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ قَلَنْ تَوَلَوْا فَإِنَّمَا عَلَيْهِ مَا حُلَّ وَعَلَيْكُمْ مَا حُمِّلْتُمْ»^(٤) ، فعلى هذا متى طلق الزوج قبل الدخول تنصف المهر بينهما . فإن عفا الزوج لها عن النصف الذى له كمل لها الصداق جهيمه . وإن عفت المرأة عن النصف الذى لها منه وتركته (له)^(٥) جميع الصداق جاز . إذا كان العاقد منها رشيداً جائراً نصرته في ماله ، وإن كان صغيراً أو سفياً لم يصح عفو ، لأنه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط . ولا يصح عفو الولى عن صداق الزوجة أباً كان أو غيره ، صغيرة أو كبيرة ، نص عليه أحد في رواية الجماعة ، وروى عنه ابن منصور : إذا طلق امرأته وهى بكر قبل أن يدخل بها فعنا أبوها أو زوجها ، ما أرى عفو الأب إلا جائزاً . قال أبو حفص : ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولاً لأبى عبد الله قديماً ، وظاهر قول أبى حفص : أن المسألة رواية واحدة . وأن أبا عبد الله رجع عن قوله بجواز عفو الأب . وهو الصحيح ، لأن مذهبه أنه لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ، ولا إعتاق عبده ، ولا تصرفه له إلا بما فيه مصلحته ، ولا حظ لها في هذا الإسقاط ، فلا يصح .

وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط : أن يكون أباً ، لأنه الذى يلى مالها ، ولا يتهم عليها . الثانى : أن تكون صغيرة ، ليسكون ولياً على مالها ، فإن الكبيرة تلى مال نفسها . الثالث : أن تكون بكر ، لتكون غير مبتذلة ، ولأنه لا يملك تزويج الثيب ، وإن كانت صغيرة ، فلا تكون ولايتها عليه تامة . الرابع : أن تكون مطلقة ، لأنها قبل الطلاق معرضة لإتلاف البضع . الخامس : أن تكون قبل الدخول ، لأن ما بعده قد أتلف البضع . فلا يعفو عن بدل متلف . ومذهب الشافعى على نحو من هذا ، إلا أنه يجعل الجد كالأب .

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧

(٢) ساقطة من المخطوطة ٢٠ ، ١٨

(٣) سورة يونس آية ٢٢

(٤) سورة النور آية ٥٤

(٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠

٥٥٥٩

(فصل)

ولو بانت امرأة الصغير أو السفية أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما يفسخ به نكاحها من رضاع من يفسخ نكاحها برضاعه ، أو بردة ، أو بصفة اطلاق من السفية ، أو رضاع من أجنبية لمن يفسخ نكاحها برضاعه ، أو نحو ذلك لم يكن لوليهم العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة . وكذلك لا يجوز عند الشافعي قولاً واحداً . والفرق بينهم وبين الصغير : أن وليها أكسبها المهر بتزويجها ، وههنا لم يكسبه شيئاً ، إنما رجع للمهر إليه بالفرقة .

٥٥٦٠

(فصل)

وإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في ما لها جاز ذلك وصح . ولا نعلم فيه خلافاً لقول الله تعالى : « إلاً أَنْ يَعْفُونَ »^(١) يعني الزوجات ، وقال تعالى : « فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا » قال أحمد في رواية المروذي : ليس شيء ، قال الله تعالى : « فكلوه هنيئاً مريئاً » سماه غير المهر تهبة المرأة للزوج . وقال علقمة لامرأته هيبى لى من الهنيء المرىء ، يعنى من صداقها ، وهل لها الرجوع فيما وهبت زوجها ؟ فيه عن أحمد روايتان ، واختلاف بين أهل العلم ، ذكرناه فيما مضى .

٥٥٦١

(فصل)

إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون ديناً أو عيناً ، فإن كان ديناً لم يخل إما أن يكون ديناً في ذمة الزوج لم يسلمه إليها ، أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه ، أو تلف في يدها ، وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه ، بأن يقول : عفوت عن حق من الصداق أو أسقطته ، أو أبرأتك منه ، أو ملكتك إياه ، أو وهبتك ، أو أحللتك منه أو أنت منه في حل ، أو تركته لك ، وأى ذلك قال سقط به المهر ، وبرىء منه الآخر وإن لم يقبله ، لأنه إسقاط حق ، فلم يفتقر إلى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ، ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه . ولو رد ذلك لم يترد ، وبرىء منه لما ذكرناه ، وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو ، لأنه إن كان في ذمة الزوج فقد سقط عنه بالطلاق ، وإن كان في ذمة الزوجة فلا يثبت في ذمتها إلا النصف الذي يستحقه الزوج ، وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه ، فلم يثبت في ذمتها منه شيء ، ولأن الجميع كان ملكاً لها تصرفت فيه ، وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه ، فلا يثبت في ذمتها غير ذلك ، وأيهما أراد تكميل الصداق لصاحبه فإنه يحدد له هبة مبتدأة . وأما إن كان الصداق عيناً في يد أحدهما فعفا الذي هو

في يده الآخر فهو هبة (له) ^(١) تصح بافظ العفو والهبة والتامليك ، ولا تصح بافظ الإبراء والإسقاط ، ويفتقر إلى القبض فيما يشترط القبض فيه ، وإن عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الألفاظ ، واقتصر إلى مضي زمن يتأتى القبض فيه إن كان الموهوب مما يفترق إلى القبض .

(فصل)

٥٥٦٢

إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها فمن أحد فيه روايتان :

إحدهما : يرجع عليها بنصف قيمتها وهو اختيار أبي بكر ، وأحد قولي الشافعي ، لأنها عادت إلى الزوج بمقد مستأنف ، فلا تمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت لإياه بالبيع ، أو وهبتها لأجنبي ثم وهبتها له .
والرواية الثانية : لا يرجع عليها ، وهو قول مالك ، والمزني ، وأحد قولي الشافعي ، وهو قول أبي حنيفة ، إلا أن تزيد العين أو تنقص ، ثم تهبها له لأن الصداق عاد إليه ، ولو لم تهبه لم يرجع بشيء ، وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ، ولأن نصف الصداق تعجل له بالهبة . فإن كان الصداق ديناً فأبرأته منه ، فإن قلنا : لا يرجع ثم ، فهذا أولى .

وإن قلنا : يرجع ثم ، خرج ههنا وجهان :

أحدهما : لا يرجع ، لأن الإبراء إسقاط حق ، وليس بتمليك كتمليك الأعيان ، ولهذا لا يفترق إلى قبول . ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يفرما شيئا ، ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما .

والثاني : يرجع ، لأنه عاد إليه بغير الطلاق ، فهو كالعين ، والإبراء بمنزلة الهبة ، ولهذا يصح بلفظها ، وإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين ، لأنه تعين به قبضه ، وقال أبو حنيفة : يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ، ثم تصرف فيه فوجب الرجوع عليها ، كما لو وهبته أجنبيا ، ويحتمل ألا يرجع ، لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبهه مالهو كان عينا فقبضتها ثم وهبتها ، أو وهبته العين ، أو أبرأته من الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها ، كإسلامها أو ردها أو إرضاعها لمن يفسخ نكاحها برضاة ، ففي الرجوع بجميع الصداق عليها روايتان كما في الرجوع بالنصف سواء .

(فصل)

٥٥٦٣

وإن أصدقها عبداً فوهبته نصفه ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين : فإن قلنا : إذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ههنا في ربه ، وعلى الرواية الأخرى يرجع في النصف الباقي كله ، لأنه وجده

بعمينه : وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، والمزني ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء ، لأن النصف حصل في يده ، فقد استعجل حقه ، وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا . والثاني : له نصف النصف الباقي ، ونصف قيمة الموهوب . والثالث يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف . ولنا : أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه ، فأشبهه ما لم تهبه شيئاً .

(فصل)

٥٥٦٤

فإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله بها صح ، وصار الصداق كله له ، نصفه بالطلاق ، ونصفه بالخلع ، ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه ، لأنه إذا خالها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالماً بنصف النصف الذي يبقى لها ، فيصير له النصف بالطلاق ، والربع بالخلع . وإن خالها بمثل نصف الصداق في ذمتها صح ، وسقط جميع الصداق ، نصفه بالطلاق ، ونصفه بالمقاصة بما في ذمتها له من عوض الخلع . ولو قالت له اخلفني^(١) بما تسلم لي من صداقي ففعل صح ، وبريء من جميع الصداق ، وكذلك إن قالت : اخلفني على ألا تبعة عليك في المهر صح ، وسقط جميعه عنه ، وإن خالته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه ، لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ، ويسقط عنه النصف بالطلاق ، ويبقى له عليها النصف ، وإن خالته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين . وفي [الوجه] الآخر : لا يرجع عليها بشيء ، لأنه لما خالها به مع علمه يسقط نصفه بالطلاق كان مخالماً لها بنصفه ، ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء .

(فصل)

٥٥٦٥

وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده ، وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر ، وكذلك من سئى لها مهر فاسد كالنجر والجهول ، لأن المهر واجب في هذه المواضع ، وإنما جهل قدره ، والبراءة من الجهول صحيحة ، لأنها إسقاط ، فصحت في الجهول كالطلاق ، وقال الشافعي : لا تصح البراءة في شيء من هذا ، لأن المفوضة لم يجب لها مهر ، فلا يصح الإبراء مما لم يجب ، وغيرها مهرها مجهول ، والبراءة من الجهول لا تصح إلا أن تقول : أبرأتك من درهم إلى ألف ، فببرأ من مهرها ، إذا كان دون الألف . وقد دللنا على وجوبه فيما مضى ، فيصح الإبراء منه كما لو قالت : أبرأتك من درهم إلى ألف ، وإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول ، فإن قلنا : لا يرجع إلى المسمى لها ، لم يرجع ههنا ، وإن قلنا : يرجع ثم احتمل ألا يرجع ههنا ، لأن المهر كله سقط بالطلاق ، ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ، ويحتمل أن يرجع ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : خالني

لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق ، وبكم يرجع ؟ يحتمل أن يرجع بنصف مهر المثل ، لأنه الذى وجب بالعقد ، فهو كنصف المفروض ، ويحتمل أن يرجع بنصف المتعة ، لأنها التى تجب بالطلاق ، فأشبهت المسمى .

٥٥٦٦ (فصل)

وإن أبرأت المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها ، لأن المتعة قائمة مقام نصف الصداق وقد أبرأت منه فصار كما لو قبضته ، ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا : إن الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأت من جميع صداقها .

٥٥٦٧ (فصل)

ولو باع رجلاً عبداً بمائة فأبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ، فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن ، أو أخذ أرش العيب مع إمساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ، ثم طلقها قبل الدخول ، وإن كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثن فى ذمته فللبائع أن يضرب بالثن مع الغرماء وجهاً واحداً ، لأن الثمن ما عاد إلى البائع منه شيء ، ولذلك كان يجب أداؤه إليه قبل الفلوس ، بخلاف التى قبلها ، ولو كان عبداً ثم أسقط عنه مال الكتابة برىء وعق ، ولم يرجع على سيده بالقدر الذى كان يجب على السيد أن يؤتیه إياه ، وكذلك لو أسقط عنه القدر الذى يلزمه إيتاؤه إياه ، واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتیه شيئاً ، لأن إسقاطه عنه يقوم مقام الإيتاء ، وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين فى الصداق ، ولا يصح ، لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزوج عليها نصفه ، وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد سبب إيتائه إياه ، فكان إسقاطه مقام إيتائه ، ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع بشيء ، ولو قبضت المرأة صداقها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا .

٥٥٦٨ (فصل)

ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه إلى من يتسلم مالها ، فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو إلى وكيلها ، ولا يبرأ بالتسليم إلى أبيها ولا إلى غيره ، بكرراً كانت أو ثيباً ، قال أحمد : إذا أخذ مهر ابنته وأنكرت فذاك لها ، ترجع على زوجها بالمهر ، ويرجع الزوج على أبيها . فقيل له : أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » ؟ قال : نعم ، ولكن هذا لم يأخذ منها ، إنما أخذ من زوجها ، وهذا مذهب الشافعى ، وقال أبو حنيفة : له قبض صداق البكر دون الثيب ، لأن ذلك العادة ، ولأن البكر تستحي ، فقام أبوها مقامها ، كما قام مقامها فى تزويجها .

ولنا : أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالتيب ، أو عوض ملكته وهي رشيدة ، فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها ، ككتمان مبيعتها ، وأجر دارها ، وإن كانت غير رشيدة سلمه إلى وليها في مالها من أبيها ، أو وصيه ، أو الحاكم ، لأنه من جملة أموالها ، فهو ككتمان مبيعتها ، وأجر دارها .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٦٩

قال ﴿ وايس عليه دفع نفقة زوجته إذا كان مثالا لا يوطأ ، أو منع منها بغير عذر ، فإن كان المنع من قبله لزمته النفقة ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا كانت [ممن] لا يوطأ مثالا لغيرها فطلب وإيها تسليمها والإنفاق عليها لم يجب ذلك على الزوج ، لأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، ولهذا تسقط بالنشوز ، وهذه لا يمكنه الاستمتاع بها ، وإن كانت كبيرة فمنعته نفسها أو منعها أو إياؤها فلا نفقة لها أيضاً ، لأنها في معنى الفاشز ، لكونها لم تسلم الواجب عليها ، فلا يجب تسليم ما في مقابلته من الإنفاق ، وكل موضع لزمته النفقة لزمه تسليم الصداق إذا طوالب به . فأما الموضع الذي لا تلزمه نفقتها فيه كالصغير والمأنة نفسها فقال أبو عبيد الله ابن حامد : يجب تسليم الصداق ، وهو قول الشافعي ، لأن المهر في مقابلة ملك البضع وقد ملكه ، بخلاف النفقة ، فإنها في مقابلة التمكن . ورد قوم هذا وقالوا : المهر قد ملكته في مقابلة ما ملكه من بضعها ، فليس لها المطالبة بالاستيفاء إلا عند إمكان الزوج استيفاء العوض .

(فصل)

٥٥٧٠

وإمكان الوطء في الصغيرة معتبر بحالها واحتمالها لذلك ، قاله القاضي . وذكر أنهم يختلفون فقد تكون صغيرة السن تصلح ، وكبيرة لا تصلح . وحده أحد بتسع سنين ، فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبها زوجها : فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ، ليس لم أن يجسوها بعد التسع . وذهب في ذلك إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم « بنى بمائشة وهي ابنة تسع » ، قال القاضي : وهذا عندي ليس على طريق التحديد ، وإنما ذكره لأن الغالب أن ابنة تسع يتمكن من الاستمتاع بها ، فتى كانت لا تصلح الوطء لم يجب على أهلها تسليمها إليه ، وإن ذكر أنه يحضنها وبريها وله من يخدمها ، لأنه لا يملك الاستمتاع بها ، وليست له بعمل ، ولا تؤمن شره نفسه إلى موافقتها ، فيفضيها^(١) أو يقتلها .

وإن طلب أهلها دفعها إليه فامتنع له ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لا يتمكن من استيفاء حقه منها ، وإن كانت كبيرة ، إلا أنها مريضة مرضاً مرجو الزوال ، لم يلزمها تسليم نفسها قبل برئها ، لأنه مانع مرجو

(١) فيفضيها : أي فيجعل مسلكتها واحداً (ف)

الزوال ، فهو كالصفر ، ولأن العادة لم تجر بَرَفَ المريضة إلى زوجها ، والتسليم في العقد يجب على حسب العرف ، فإن سلمت نفسها فسلمها الزوج فعليه نفقتها ، لأن المرض عارض ويعسر ويتكرر ، فيشق إسقاط النفقة به ، فجرى مجرى الحيض ، ولهذا لو مرضت بعد تسليمها لم تسقط نفقتها ، وإن امتنع من تسليمها فله ذلك ، ولا تلزمه نفقتها ، لأنه لما لم يجب تسليمها إليه لم يجب عليه تسليمها كالصغيرة ، ولأن العادة لم تجر بتسليمها على هذه الصفة . وقال القاضى : يلزمه تسليمها ، وإن امتنع فعليه نفقتها ، لما ذكرنا من أنه عارض لا يمكن التحرز منه ويتكرر ، فأشبهه الحيض .

فأما إن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ، ولزمه تسليمها إذا عرضت عليه ، لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها ، فلو لم تسلّم نفسها لم يفد التزويج فائدة ، وله أن يستمتع بها .

فإن كانت نَضْوَةَ الْخَلْقِ^(١) وهو جسم تخاف على نفسها الإفضاء من عظم خلقه ، فلها منعه من جماعها ، وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج ، وعليه نفقتها ، ولا يثبت له خيار الفسخ ، لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره ، وإنما امتناع الاستمتاع لمعنى فيه ، وهو عظم خلقه ، بخلاف الرقاة . وإن طلب تسليمها إليه وهى حائض احتمل ألا يجب ذلك ، لأنه خلاف العادة . فأشبهه المرض المرجو الزوال . واحتمل وجوب التسليم ، لأنه يزول قريباً ، ولا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج ، فإذا طلب ذلك لم يحز منعه منه ، كما لم يحز لها منعه منه بعد تسليمها ، وإن عرضت عليه فأبأها حتى تطهر فعلى قول القاضى يلزمه تسليمها ونفقتها إن امتنع منه ، ويتخرج على ما ذكرنا ألا يلزمه ذلك كالمرض المرجو الزوال .

(فصل)

٥٥٧١

فإن منعت نفسها حتى تسلم صداقها ، وكان حالاً ، فلها ذلك . قال ابن المنذر : وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها ، وإن قال الزوج : لا أسلم إليها الصداق حتى أنسلها أجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً ، ثم تجبر هى على تسليم نفسها . ومذهب الشافعى في هذا على نحو مذهبه في البيع .

وانسا : أن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر لإتلاف البضع ، والامتناع من بذل الصداق ، فلا يمكن الرجوع في البضع ، بخلاف المبيع الذى يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه ، فإذا تقرر هذا فلها النفقة ما امتنعت لذلك ، وإن كان معسراً بالصداق ، لأن امتناعها بحق ، وإن كان الصداق مؤجلاً فليس لها منع نفسها قبل قبضه ، لأن رضاها بتأجيله رضى بتسليم نفسها قبل قبضه ، كالثمن المؤجل في البيع ، فإن حل

(١) أى هزيلة الجسد .

لأن التسليم نفسها لم يكن لها منع نفسها أيضاً ، لأن التسليم قد وجب عليها ، واستقر قبل قبضه ، فلم يكن لها أن تمتنع منه ، وإن كان بعضه حالاً وبعضه مؤجلاً فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل ، وإن كان الكل حالاً فلها منع نفسها على ما ذكرنا ، فإن سلمت نفسها قبل قبضه ثم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فقد توقف أحد عن الجواب فيها . وذهب أبو عبد الله بن بطة ، وأبو اسحاق بن شاقلا ، إلى أنها ليس لها ذلك ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ، لأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم ، فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ، كما لو سلم البائع المبيع ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه تسليم بوجبه عليها عقد النكاح ، فلو كانت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها كالأول .

فأما إن وطئها مكرهه لم يسقط به حقها من الامتناع ، لأنه حصل بقهر رضاها كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرها ، وإن أخذت الصداق فوجدته معيباً فلها منع نفسها حتى يبدله أو يعطيها أرشها ، لأن صداقها صحيح ، وإن لم تعلم عيبه حتى سلمت نفسها خرج على الوجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ، ثم بدا لها أن تمتنع ، وكل موضع قلنا : لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج ، لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس ، فصارت كمن لازوج لها . ولو بقي منه درهم كان كبقاء جميعه ، لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه ، كسائر الديون .

(فصل)

٥٥٧٢

وإن أعسر الزوج بالمهر الحال قبل الدخول فلها الفسخ ، لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض ، فكان لها الفسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع ، وإن أعسر بعد الدخول فعلى وجهين مبنين على منع نفسها ، فإن قلنا : لها منع نفسها بعد الدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول ، وإن قلنا : ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ ، كما لو أفلس بدين آخر . ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لأنه مجتهد فيه .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٧٣

قال : (وإذا تزوجها على صداقين : سر ، وعلانية ، أخذ بالعلانية ، وإن كان السر قد انعقد به النكاح) ظاهر كلام الخرقى : أن الرجل إذا تزوج المرأة في السر بمهر ، ثم عقد عليها في العلانية بمهر آخر : أنه يؤخذ بالعلانية ، وهذا ظاهر قول أحمد في رواية الأثرم ، وهو قول الشعبي ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبي عبيد . وقال القاضي : الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سرّاً كان أو علانية ، وحل كلام أحمد

والخرق ، على أن المرأة لم تقر بنكاح السر ، فثبت مهر العالانية ، لأنه الذي ثبت به النكاح ، وهذا قول سعيد بن عبد العزيز ، وأبي حنيفة ، والأوزاعي ، والشافعي . ونحوه عن شريح ، والحسن ، والزهري ، والحكم بن عينية ، ومالك ، وإسحاق ، لأن العالانية ليس بعقد ، ولا يتعلق به وجوب شيء .

وجه قول الخرق : أنه إذا عقد في الظاهر عقداً بعد عقد السر ، فقد وجد منه بذل الزائد على مهر السر ، فيجب ذلك عليه كما لو زادها على صداقها ، ومقتضى ما ذكرنا من التعليل لكلام الخرق : أنه إن كان مهر السر أكثر من العالانية ، وجب مهر السر ، لأنه وجب عليه بعقده ، ولم تسقطه العالانية فيبقى وجوبه . فأما إن اتفقا على أن المهر ألف ، وأنهما بمقدان العقد ألفين ، تجزئاً ففعل ذلك ، فالمهر ألفان ، لأنهما تسمية صحيحة في عقد صحيح ، فوجب كما لو لم يتقدما اتفاقاً على خلافها ، وهذا أيضاً قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العالانية ، نحو أن يكون السر ألفاً والعالانية ألفين ، أو يكونا من جنسين [مختلفين] مثل أن يكون السر مائة درهم ، والعالانية مائة دينار .

وإذا قلنا : إن الواجب مهر العالانية فيستحب المرأة أن تفي للزوج بما وعدت به ، وشرطته على نفسها من أنها لا تأخذ إلا مهر السر . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا تزوج امرأة في السر بمهر ، وأعلنوا مهراً ، يذبحي لهم أن بقوا ، ويؤخذ بالعالانية ، فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «المؤمنون على شروطهم»^(١) ، وعلى قول القاضي : إذا ادعى الزوج عقداً في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته^(٢) فليس لها سواه ، وإن أنكرته فاقول قولها لأنها منكورة ، وإن أقرت به وقالت : هما مهرا في نكاحين ، وقال : بل نكاح واحد أسررناه ثم أظهرناه ، فالقول قولها ، لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالأول ، ولها المهر في العقد الأول ، إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول . وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة ، فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقاً بائناً ، ثم نكحها نكاحاً ثانياً ، حلفت على ذلك واستحقت ، وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه ، لزمها ما أقرت به .

(فصل)

٥٥٧٤

إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد ، مثل أن يكون لهن ولي واحد ، كبنات الأعمام ، أو

(١) ورد بلفظ «المسلمون على شروطهم» أخرجه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة (ف).

(٢) في المطبوعات «فيه مهر قليل قصد فيه» والصواب «فيه مهر قليل فصدقته» ويؤيده ما في الشرح الكبير

ج ٨ ص ٧٦ كما يؤيده مقابلته هنا بقوله «وإن أنكرته» (ف) .

موليات لمولى واحد ، أو من ليس لمن ولى ، فزوجهن الحاكم ، أو كان لمن أولياء فوكلوا وكيلا واحداً ، فعد نكاحهن مع رجل فقبله فالنكاح صحيح والمهر صحيح . وهذا قال أبو حنيفة ، وهو أشهر قول الشافعى . والقول الثانى : أن المهر فاسد ، ويجب مهر المثل ، لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم .

ولنا : أن الفرض فى الجملة معلوم ، فلا يفسد لجهالة فى التفصيل ، كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بشمن واحد . وكذلك الصبرة^(١) بشمن واحد ، وهو لا يعلم قدر قفزانها . إذا ثبت هذا ، فإن الصداق يقسم بينهن على قدر مهورهن فى قول القاضى وابن حامد ، وهو قول أبى حنيفة ، وصاحبيه ، والشافعى . وقال أبو بكر : يقسم بينهن بالسوية ، لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة ، فكان يذهبن بالسوية ، كما لو وهبه لمن أو أقر به لمن ، وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ، ثم باعوه مراحمة أو مساومة ، كان الثمن بينهم بالسواء ، وإن اختلفت رؤوس أموالهم ، ولأن القول بتقسيمه بفضى إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن ، وذلك يفسده .

ولنا : أن الصنفه : اشتملت على سببين مختلفين القيمة ، فوجب تقسيم العوض عليهما بالقيمة ، كما لو باع شقصاً وسيفاً ، أو كما لو ابتاع عبيدين ، فوجد أحدهما حراً أو مذكوراً ، وقد نص أحد فيمن ابتاع عبيدين ، فإذا أحدهما حرّاً . أنه يرجع بقيمته من الثمن ، وكذلك ، نص فيمن تزوج على جاريةتين ، فإذا إحدهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة ، ولو اشترى عبيدين فوجد أحدهما مميماً ، فردّه لرجع بقسطه من الثمن . وما ذكره من المسألة غير مسلم له ، وإن سلم فالقيمة تم واحدة بخلاف مسألتنا .

وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليهما وتقسّم الهبة عليها ، بخلاف مسألتنا ، وإفضاؤه إلى جهالة التفصيل لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ، ويتفرع عن هذه المسألة إذا خالع امرأتين بعوض واحد ، أو كاتب عبيداً بعوض واحد أنه يصح مع الخلاف فيه ، ويقسم العوض فى الخلع على قدر المهرين ، وفى الكتابة على قدر قيمة العبيد ، وعلى قول أبى بكر : يقسم بالسوية فى المسألتين .

(فصل)

٥٥٧٥

وإذا تزوج امرأتين بصداق واحد ، وإحدهما ممن لا يصح العقد عليهما - لكونها محرمة عليه أو غير ذلك ، وقلنا بصحة النكاح فى الأخرى ، فلها بمحضتها من المسمى ، وبه قال الشافعى على قول ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة : المسمى كله لالتى يصح نكاحها ، لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال ، فصار كأنه تزوجها والحائض بالمسمى .

ولنا : أنه عقد على عيينين ، إحداهما لا يجوز العقد عليها ، فلزمه في الأخرى بحصتها ، كما لو باع عبده وأم ولده ، وما ذكره ليس بصحيح ، فإن المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الخاطئ .

(فصل)

٥٥٧٦

فإن جمع بين نكاح وبيع فقال : زوجتك ابنتي ، وبعثت دارى هذه بألف ، صح ، ويقسط الألف على صداقها وقيمة الدار ، وإن قال : زوجتك ابنتي ، واشتريت منك عبدك هذا بألف . فقال : بعثت وقبالت النكاح ، صح ، ويقسط الألف على العبد ومهر المثل ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يصح البيع والمهر ، لإفضائه إلى الجهالة .

ولنا : أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفرداً ، فصح جمعهما ، كما لو باعه ثوبين ، فإن قال : زوجتك ولك هذا الألف بألفين ، لم يصح المهر ، لأنه كمسألة مدّة عَجْوَة .

(فصل)

٥٥٧٧

وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً ، وعلى ألفين إن كان أبوها ميتاً ، فالتسمية فاسدة ، ولها صداق نساؤها . نص عليه أحمد في رواية مهنا ، لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولاً . وإن قال : تزوجتك على ألف إن لم أخرجك من دارك ، وعلى ألفين إن أخرجتك منها : أو على ألف إن لم يكن لي امرأة ، وعلى ألفين إن كانت لي امرأة . فنص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسألتين .

وقال القاضي ، وأبو بكر : في الجميع روايتان .

إحداهما : لا يصح ، واختاره أبو بكر ، لأن سبيله سبيل الشرطين ، فلم يحز كالبيع .

والرواية الثانية : يصح ، لأن ألفاً معلوم ، وإنما جهل الثاني . وهو معلوم على شرط ، فإن وجد الشرط

كان زيادة في الصداق ، والصداق تجوز الزيادة فيه .

والأولى أولى . والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين .

أحدهما : أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط ، فلو قال : إن مات أبوك ، فقد زدتك في صداقك ألفاً ،

لم تصح ، ولم تلزم الزيادة عند موت الأب .

والثاني : أن الشرط ههنا لم يتجدد في قوله : إن كان لي زوجة ، أو : إن كان أبوك ميتاً ، ولا الذي جعل

الألف فيه معلوم الوجود ، ليكون الألف الثاني زيادة عليه .

ويمكن الفرق بين المسألة التي نص أحمد على إبطال التسمية فيها ، وبين التي نص على الصحة فيها بأن

الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذل العوض فيه ، وهو كون أبيها ميتاً^(١)

(١) في المخطوطة ١٨ : وهو موت أبيها .

بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما ، فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها وتقسيمها وتضييق عليها ، من أكبر أغراضها ، وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها ، فلذلك خففت صداقها لتحصيل غرضها وثقلته عند فواته ، فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى ، ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة ، وهي الصحة في المسألتين الآخرتين ، والبطلان في المسألة الأولى ، وما جاء من المسائل الحق بأشبههما به .

(فصل — ل)

٥٥٧٨

وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى ، لم تصح التسمية ، ولها مهر مثلها ، وهذا اختيار أبي بكر وقول أكثر الفقهاء ، لأن هذا ليس بمال وإنما قال تعالى : « أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ ^(١) » ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحتها ، ولتنكح ، وإنما لها ما قدر لها ^(٢) » ، صحيح : وروى عبد الله بن عمرو ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى ^(٣) » ، ولأن هذا لا يصلح ثمناً في بيع ، ولا أجراً في إجارة ، فلم يصح صداقاً كالمنافع المحرمة . فعلى هذا يكون حكمه حكم ماله أصدقها خيراً ونحوه ، يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المقة ، عند من يوجبها في التسمية الفاسدة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن التسمية صحيحة ، لأنه شرط فعلاً لها فيه نفع وفائدة ، لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها ، فصح صداقاً ، كعمق أبيها وخياطة قميصها ، ولهذا صح بذل الدوس في طلاقها بالخلع ، فعلى هذا إن لم يطلق ضررتها ، فلها مثل صداق الضرة ، لأنه سمي لها صداقاً لم يصل إليه ، فكان لها قيمته ، كما لو أصدقها عبداً نفرج حراً ، ويحتمل أن لها مهر مثلها ، لأن الطلاق لا قيمة له ، وإن جعل صداقها أن طلاق ضررتها إليها إلى سنة ، فلم تطلقها ، فقال أحمد : إذا تزوج امرأة وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت ، فجاء الوقت ولم تقض شيئاً ، رجع الأمر إليه ، فقد أسقط أحمد حقها لأنه جعله لها إلى وقت .

فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئاً ، بطل تصرفها كالوكيل ، وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ^(٤) ذكرها أبو بكر .

أحدهما : يسقط ، لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها ، كما لو تزوجها على عبد فأعتقه .

(١) سورة النساء آية ٢٤ (٢) أخرجه البخاري وأبو داود عن أبي هريرة (ف) .

(٣) أخرجه أحمد (ف) . (٤) في المخطوطة ٢٠ : على وجهين .

والثاني : لا يسقط ، لأنها أخرت استيفاء حقها فلا يسقط ، كما لو أجلت قبض دراهمها ، وهل ترجع إلى مهر مثلها ، أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين .

﴿ فصل ﴾

٥٥٧٩

الزيادة في الصداق بعد العقد تلتحق به . نص عليه أحمد ، قال : في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز . فإن طلقها قبل أن يدخل بها فلها نصف الصداق الأول والذي زادها . وهذا قول أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا تلتحق الزيادة بالعقد ، فإن زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة . وإن طلقها بعد هبتها لم يرجع بشيء من الزيادة . قال القاضي : وعن أحمد مثل ذلك ، فإنه قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقها جميعاً ، فقالت الأمة : زدني في مهرى حتى أختارك ، فالزيادة للأمة ، ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد ، وليس هذا دليلاً على أن الزيادة لا تلتحق بالعقد ، فإن معنى حقوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ، ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها ، وأنها تكون للسيد . واحتج الشافعي بأن الزوج مأك البضع بالمشى ، في العقد ، فلم يحصل بالزيادة شيء من المقتود عليه ، فلا تكون عوضاً في النكاح ، كما لو وهبها شيئاً ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه ، فلم يلحق به كما في البيع .

ولنا : قول الله تعالى : « وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاثَمْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيقَةِ » ^(١) ، ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر ، فكان حالة الزيادة كحالة العقد . وبهذا فارق البيع والإجارة ، وقولهم : إنه لم يملك به شيئاً من المقتود عليه ، قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق ، فإن الملك ما حصل به ، ولهذا صح خلوه عنه ، وهذا الزم عندهم ، فإنهم قالوا : مهر المفوضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد . وقد ملك البضع بدونه ، ثم إنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد ، فيكون كأنه ثبت بهما جميعاً ، كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه ، وكما قلنا جميعاً فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مثلها . إذا ثبت هذا فإن معنى لحق الزيادة بالعقد أنه يثبت لها حكم المسمى في العقد ، في أنها تنصف بالطلاق ، ولا تفتقر إلى شروط الهبة ، وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ، ولأنها تثبت لمن كان الصداق له ، لأن الملك لا يجوز تقدمه على سببه ، ولا وجوده في حال عدمه ، وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ .

وقال القاضي : في الزيادة وجه آخر ، أنها تستتب بالطلاق ، ولا أعرف وجه ذلك ، فإن من جعلها صداقاً جعلها تستقر بالدخول وتنصف بالطلاق قبله ، وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ، ومن جعلها هبة

جعلها جميعاً للمرأة لا تنصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة ، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة فإن كان القاضي أراد ذلك فهذا وجهه وإلا فلا .

﴿مسألة﴾

٥٥٨٠

قال : ﴿ فإن أصدقها غنماً فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول كانت الأولاد لها ، ورجع بنصف الأمهات ، إلا أن تكون الولادة نقصتها فيكون مخيراً بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، أو يأخذ نصفها ناقصة ﴾

قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد ، فإذا زاد فالزيادة لها ، وإن نقص فعليها ، وإذا كانت غنماً فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد بها دونها ، لأنه نماء ملكها ، ورجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة ، لأنه نصف ما فرض لها ، وقد قال الله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »^(١) ، وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصاً ، لأنه راض بدون حقه ، وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها ، لأن ضمان النقص عليها . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع في نصف الأصل ، وإنما يرجع في نصف القيمة ، لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء ، لأنه موجب العقد فلم يحجز رجوعه في الأصل بدونه .

ولنا : أن هذا نماء منفصل عن الصداق ، فلم يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض . وما ذكره فغير صحيح ، لأن الطلاق ليس برفع للعقد ولا النماء من موجبات العقد ، إنما هو من موجبات الملك ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا أن يكون قد منعها قبضه ، فيكون النقص من ضمانه ، والزيادة لها ، فتنفرد بالأولاد ، وإن نقصت الأمهات خیرت بين أخذ نصفها ناقصة ، وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها ، وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة : إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الأولاد أيضاً ، لأن الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد ، لأن حق التسليم تعلق بالألم ، فسرى إلى الولد كحق الاستيلاء ، وما دخل في التسليم المستحق بنصف الطلاق كالذي دخل في العقد .

ولنا : قول الله تعالى : « فنصف ما فرضتم »^(٢) وما فرض ههنا إلا الأمهات ، فلا ينصف سواها

ولأن الولد حدث في ملكها. فأشبهه ما حدث في بدنها، ولا يشبهه حق التسليم حق الاستيلاء، فإن حق الاستيلاء يسرى، وحق التسليم لا سرية له. فإن تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به ففنعها ضمنه كالمغصب، وإلا لم يضمه، لأنه تبع لأمه.

(فصل)

٥٥٨١

والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم. فإذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الأصل لأنه يفضى إلى التفريق بين الأم وولدها في بعض الزمان، وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان^(٢) لا يجوز في بعضه، فيرجع أيضا في نصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير.

(فصل)

٥٥٨٢

وإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت، فالحمل فيها زيادة متصلة، إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها، وليس ذلك ممدوداً نقصاً، ولذلك لا يرد به المبيع، وإن كان أمة فحملت فقد زادت من وجه لأجل ولدها، ونقصت من وجه، لأن الحمل في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة، ولهذا يرد بها المبيع، فحينئذ لا يلزمها بهذا لأجل الزيادة، ولا يلزمه قبولها لأجل النقص، وله نصف قيمتها، وإن انتقا على تصفيها جاز. وإن أصدقها حاملاً فولدت فقد أصدقها عينين: الجارية وولدها، وزاد الولد في ملكها، فإن طلقها فرضيت ببذل النصف من الأم والولد جميعاً أجبر على قبولها، لأنها زيادة غير متميزة. وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته، ولا في نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها، ويرجع بنصف قيمة الأم، وفي نصف الولد وجهان.

أحدهما: لا يستحق نصف قيمته، لأنه حالة المدد لا قيمة له، وحالة الانفصال قد زاد في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته. ويفارق ولد المغرور، فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة فلمذا قوم فيها بخلاف مسائلنا.

والثاني: له نصف قيمته، لأنه أصدقها عينين، فلا يرجع في إحداها دون الأخرى، ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه، وفي المسألة وجه آخر: وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث.

(فصل)

٥٥٨٣

إذا كان الصداق مكبلاً أو موزوناً فنقص في يد الزوج قبل تسليمه إليها، أو كان غير المكبل والموزون

(٢) في المخطوط ٢٠: في جميع الأزمان.

فمنعها أن تتسلمه فالتقص عليه، لأنه من ضمانه وتخير المرأة بين أخذ نصفه ناقصاً مع أرش النقص وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها، لأنه إن زاد فلها وإن نقص فعليه، فهو بمنزلة الغاصب. ولا يضمن زيادة القيمة لتغير الأسعار، لأنها ليست من ضمان الغاصب، فههنا أولى.

﴿مسألة﴾

٥٥٨٤

قال ﴿وإذا أصدقها أرضاً فبنتها داراً أو ثوباً فصبيته، ثم طلقها قبل الدخول، رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها، إلا أن يشاء أن يعطيها نصف قيمة البناء أو الصبغ، فيكون له النصف، أو تشاء هي أن تعطيه زائداً فلا يكون له غيره﴾

إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وهي البناء والصبغ، فإن دفعت إليه نصف الجميع زائداً فعليه قبوله. لأنه حقّه وزيادة، وإن بذل لها نصف قيمة البناء والصبغ ويكون له النصف، فقال الخرقى: له ذلك، قال القاضي: هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك^(١) لأنها تجبر^(٢) على قبوله، لأن بيع البناء معاوضة فلا تجبر المرأة عليها، والصحيح أنها تجبر، لأن الأرض حصلت له وفيها بناء لغيره، فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيع إذا أخذ الأرض بعد بناء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته، لزم المشتري قبولها، وكذلك إذا رجع المبيع في أرضه وفيها بناء أو غرس للمستعير فبذل المبيع قيمة ذلك لزم المستعير قبولها.

(فصل)

٥٥٨٥

إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت في يده فالثمرة لها، لأنها نماء مملوكها، فإن جذّها بعد تنافها وجعلها في ظروف وأبقى عليها صغراً من صفرها، وهو سيلان الرطب بغير طبخ، وهذا يفعله أهل الحجاز حفظاً لرطوبتها. لم يخل من ثلاثة أحوال.

أحدها: ألا تنقص قيمة الثمرة والصفر، بل كانا بحالهما أو زاداً فإنه يردّها عليها ولا شيء عليه.
الثاني: أن تنقص قيمتهما وذلك على ضربين. أحدهما: أن يكون نقصهما متناهياً فإنه يدفعها إليها وأرش نقصهما، لأنه تعدى بما فعله من ذلك. الضرب الثاني: ألا يتناهى بل يتزايد. ففيه وجهان. أحدهما: أنها تأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة. والثاني: هي بخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر نقصها وتأخذها وأرشها كالمغصوب منه.

الحال الثالث: ألا تنقص قيمتها لكن إن أخرجها من ظروفها نقصت قيمتها فلا لزوم لإخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف مملوكة، وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرناه.

(١) في المخطوطة ٢٠ على ذلك.

(٢) في النسخ (لأنها تجبر) والصواب (لأنها تجبر) كما يفهم من سياق الكلام، وكذا في الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٤ (ف)

وإن قال الزوج : أنا أعطيتها مع ظروفها فقال القاضي : يلزمها قبولها ، لأن ظروفها كالتصالة بها التابعة لها . ويحتمل ألا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمها قبولها كالتفصيلة عنها .

﴿مسألة﴾

٥٥٨٦

فإن كانت بجالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة . والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كاتى قبلها . فإن قال : أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما . وفي الموضع الذى حكمنا أن له رده إذا قالت أنا أرد الثمرة وأخذ الأصل فلهما ذلك فى أحد الوجهين . والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة فى البيع . وقد ذكرناها فى موضعها .

(فصل)

٥٥٨٧

إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالماً بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد ، لأنه وطء فى غير ملكه ، وعليه المهر لسيدتها ، أكرهها أو طأوعته ، لأن المهر لمولاتها فلا يستقط ببذلها ومطأوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ، والولد رقيق^(١) للمرأة . وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو غير عالم بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة ، وعليه المهر والولد حر لاحق نسبه به . وعليه قيمته يوم ولادته ، ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك ، لأنه لا ملك له فيها ، وتخير المرأة بين أخذها فى حال حملها وبين أخذ قيمتها ، لأنه نقصها بإحبالها ، وهل لها الأرض مع ذلك ؟ يحتمل أن لها الأرض لأنها نقصت بمدوانه . أشبه ما لو نقصها الفاصب بذلك ، وقال بعض أصحاب الشافعى فى الأرض ههنا قولان . وقال بعضهم : ينبغي أن يكون لها المطالبة بالأرض قولاً واحداً ، لأن النقص حصل بفعله الذى تعدى به ، فهو كالفاصب ، وكألو طأوعته فنع تسليمها وهذا أصح .

(فصل)

٥٥٨٨

إذا أصدق ذمى ذمية خيراً فتخللت فى يدها ثم طلقها قبل الدخول احتمل ألا يرجع عليها بشيء ، لأنها قد زادت فى يدها بالتخلل والزيادة لها ، وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل^(٢) فلا قيمة لها ، وإنما يرجع إذا زادت فى نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد إلى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها . وإن تخللت فى يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها ، لأن الزيادة لها ، ويحتمل : أن يكون الخلل له ، وعليه نصف مهر مثلها إذا نرافعا إلينا قبل القبض ، أو أسلما ، أو أحدهما .

(١) فى نسخة : رهن . على هامش المطبوعة . وكذلك فى المخطوطة ١٨

(٢) فى المخطوطة ١٨ : قبل أن تتخلل .

٥٥٨٩

(فصل)

إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح . ذكره أبو بكر ، لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما لم يجب ، وكلاهما صحيح ، ولا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ، ومنهم من قال : لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر ، لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول ، والمعسر معلوم ما عليه . ومنهم من قال : لا يصح أصلاً ، لأنه ضمان ما لم يجب .

وانما : أن الحبل لا يمنع صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا .

٥٥٩٠

(فصل)

ويجب المهر المنكوحه نكاحاً صحيحاً والموطوءة في نكاح فاسد ، والموطوءة بشبهة بغير خلاف فعلمه ، ويجب للمكروهة على الزنا . وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا مهر لها إن كانت ثيباً ، واختاره أبو بكر ، ولا يجب مع ذلك أرش البكارة ، وذكر القاضي أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا وهي بكر : فعليه المهر وأرش البكارة ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا مهر للمكروهة على الزنا .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « فلها المهر بما استحل من فرجها » ^(١) وهذا حجة على أبي حنيفة فإن المكروهة مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل ، كقوله عليه السلام : « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » ^(٢) وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ، ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة ، وفي العقد الفاسد كرها فوجب بدله كإتلاف المال وأكل طعام الغير .

وانما على أنه لا يجب الأرش : أنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطاء . يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء ، وبديل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد ، وكونه تمحض عدواناً ، ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها ، فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ، فلا يجب عوضها مرة ثانية . [و] يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى ، فتصير كأنها معدومة ، فلا يجب لها إلا مهر ثيب ، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر ، فلا تجوز الزيادة عليه . والله أعلم .

(١) أخرجه الحنفية إلا النسائي عن عائشة في افتراء الولي (ف) .

(٢) أخرجه الترمذي عن صهيب (ف)

٥٥٩١

(فصل)

ولافرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه - وهو اختيار أبي بكر . ومذهب الفخمي ومكحول، وأبي حنيفة، والشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن ، وهو قول الشعبي لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يستحق به مهر كالواط، وفارق من حرمت تحريم المصاهرة . فإن تحريمها طارئ ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ أيضاً ، وعن أحمد رواية أخرى : أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالأم والبنت والأخت . ومن تحمل ابنتها كالعمة والخالة فالها المهر لأن تحريمها أخف .

ولنا : أن ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كاللأمة ولأنه أتلّف منفعة بضمها بالوطء فلزمه مهرها كالأجنبية ، ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمانه كاللأمة ، وبهذا فارق اللواط ، فإنه ليس بمضمون على أحد .

٥٥٩٢

(فصل)

ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط ، لأن الشرع لم يرد ببذله ، ولا هو إلتلاف لشيء ، فأشبهه القبلة والوطء دون الفرج ، ولا يجب للمطauعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذله لها فلم يجب لها شيء كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر لسيدتها ، ولا يسقط ببذلها لأن الحق لنيرها ، فأشبهه ما لو بذلت قطع يدها .

٥٥٩٣

(فصل)

ولو طلق امرأته قبل الدخول طليقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى ، وقال مالك : لا يلزمه إلا مهر واحد . .

ولنا : أن المفروض يتنصف بطلاقه بقوله سبحانه (فنصف ما فرستم) ووطئها بعد ذلك عرى عن العقد فوجب به مهر المثل كما لو علم أو كفرها أو كالموطئ غيرها .

٥٥٩٤

(فصل)

ومن نكحها باطل بالإجماع كالزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها علاناً بالحال ، وتحريم الوطء وهي مطاوعة عليه فلا مهر لها ، لأنه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه ، وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة فالمرها ، لأنه وطاء شبهة .

وقد روى أبو داود بإسناده « أن رجلاً يقال له نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر ،

فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق « وفي لفظ قال : « الصداق بما استحللت من فرجها ، فإذا ولدت فاجلدوها » وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير « أن عبيد الله بن الحر ^(١) تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء ، فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو الجارية فزوجها أهلها رجلاً يقال له عكرمة ، فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى على رضى الله عنه ، فقصوا عليهم قصتهم فرد عليه المرأة ، وكانت حاملاً من عكرمة . فوضعت على يد عدل . فقالت المرأة لعلى أنا أحق بما لى أو عبيد الله ؟ قال : بل أنت أحق بما لك . قالت : فاشهدوا أن ما كان لى على عكرمة من صداق فهو له ، فلما وضعت ما فى بطنها ردها على عبيد الله بن الحر وألحق الولد بأبيه . »

٥٥٩٥ (فصل)

والصداق إذا كان فى الزمة فهو دين إذا مات من هو عليه وعليه دين سواء قسم ماله بينهم بالخصص ، قال أحمد فى مريض تزوج فى مرضه وعليه دين ومات : ماترك بين الغرماء والمرأة بالخصص . وذلك لأن نكاح المريض صحيح والصداق دين فتساوى سائر الديون .

٥٥٩٦ (فصل)

وكل فرقة كانت قبل الدخول من قبل المرأة مثل إسلامها أو ردتها أو إرضاعها من يفسخ النكاح بإرضاعها أو إرضاعها وهى صغيرة أو فسخت لإعساره أو عيبه ، أو اعتقها تحت عبد ، أو فسخه ببيعها ، فإنه يسقط به مهرها ولا يجب لها متعة ^(٢) لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه فسقط البذل كله ، كالبايع يتلف المبيع قبل تسليمه . وإن كانت بسبب الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته . أو جاءت من أجنبي كالرضاع أو وطء يفسخ به النكاح سقط نصف المهر ووجب نصفه ، أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل . أجنبي وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه ، لأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح فلا يسقط بها المهر كما لو ماتت حتف أنفها ، سواء قتلها زوجها أو أجنبي ، أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها ، وإن طلق الحاكم على الزوج فى الإيلاء فهو كطلاقه ، لأنه قام مقامه فى إيفاء الحق عليه عند امتناعه . وفى فرقة اللعان روايتان .

إحداها : هى كطلاقه لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه . والثانية : يسقط به مهرها ، لأن الفسخ عقيب لعانها فهو كفسخها لعنته . وفى فرقة شرائها لزوجها أيضاً روايتان .

(١) فى النسخ المطبوعة (عبد الله) والصواب (عبيد الله) كما تنفذه بقية القصة . وكذا فى الشرح الكبير ص ١٠٠ (ف)

(٢) فى المخطوطة ١٨ : ولا يجب لها المتعة .

إحداها : يقنصف بهامهرها ، لأن البيع الموجب للفسخ ثم بالسيد القائم مقام الزوج وبالمراة ، فأشبهه الخلع .
والثانية : يسقط المهر ، لأن الفسخ وجسد عقيب قبولها ، فأشبهه فسخها العنقه ، وفيما إذا اشترى الحر امرأته وجهان
مبنيان على الروايتين في شرائها لزوجها ، وإذا جمل لها الخيار فاختارت نفسها أو وكلها في الطلاق فطلقت
نفسها فهو كطلاقه لا يسقط مهرها ، لأن المراة وإن باثرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة له ، وفعل الوكيل
كفعل الموكل ، فكأنه صدر عن مباشرته ، وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب
مده وجد ، وإنما هي حققت شرطه ، والحكم ينسب إلى صاحب السبب . والله أعلم .

كتاب الوليمة

الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة ، لا يقع هذا الاسم على غيره ، كذلك حكاه ابن عبيد البر عن ثعلب وغيره من أهل اللغة ، وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم : إن الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث ، إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر . وقول أهل اللغة أقوى ، لأنهم أهل اللسان ، وهم أعرف بموضوعات اللغة ، وأعلم بلسان العرب ، والذيرة إسم لدعوة الختان ، وتسمى الإعدار ، والخرس^(١) ، والخرسه عند الولادة ، والوكيرة دعوة البناء . يقال وكّر وخرس مشدد ، والنقيعة عند قدوم الغائب ، يقال : تقع مخفف ، والمقيقة الذبح لأجل الولد . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهي ربيعة الخرس والإعدار والنقيعة

والحذاق : الطعام عند حذاق الصبي ، والمأدبة إسم لكل دعوة لسبب كانت ، أو لغير سبب . والآدب صاحب المأدبة . قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا يرى الآداب منا ينقهر^(٢)

والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته ، والنقرى ، هو : أن يخص قوماً دون قوم .

﴿ مسألة ﴾

٥٥٩٧

قال ﴿ ويستحب لمن تزوج أن يولم ولو بشاة ﴾

لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة سنة في العرس مشروعة^(٣) ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم « أمر بها وفعلها » فقال لعبد الرحمن بن عوف حين قال : تزوجت : « أولم ولو بشاة » . وقال أنس : « ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نساؤه ما أولم على زينب ، جعل يبعثني فأدعوه له الناس ، فأطعمهم خبزاً ولحماً حتى شبعوا » . وقال أنس : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفية لنفسه ،

(١) العرس بضم الخاء وسكون الراء ، طعام الولادة ، والخرسه بزيادة الهاء طعام النفساء كما في القاموس ج ٢ ص ٢١٩ (ف) . (٢) قاله طرفة بن العبد ، والشطر الأخير في كتب الأدب ولسان العرب ج ١١ ص ١١٤ هكذا (لا ترى الآداب فينا ينقهر) . والمشتاة : زمن الشتاء والبرد . وفيه يشتد الجذب (ف) .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : في أن الوليمة في العرس سنة مشروعة .

(٤) قال الحافظ في الفتح ج ٩ ص ١٩٤ « وقال أهل اللغة : الحيس : يؤخذ النمر فينزع نواه ويخلط بالإقط أو الدقيق أو السويق . أ هـ . ولو جعل فيه السمن لم يخرج عن كونه حيساً » أ هـ (ف) .

فخرج بها حتى بلغ ثنيه الصهباء ، فبنى بها ، ثم صنع حيساً في نطع صغير ، ثم قال : ائذن لمن حولك . فكانت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية . متفق عليهن ، ويستحب أو يولم بشاة إن أمكنه (ذلك)^(١) ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن : « أولم ولو بشاة »^(٢) . وقال أنس « ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نساؤه ما أولم على زينب ، أو لم بشاة »^(٣) . لفظ البخارى . فإن أولم بنير هذا جاز ، فقد أولم النبي صلى الله عليه وسلم على صفية بحيس^(٤) ، وأولم على بعض نساؤه بمذّبن من شعير^(٥) ، رواه البخارى .

(فصل)

٥٥٩٨

وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى : هى واجبة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بها عبد الرحمن بن عوف . ولأن الإجابة إليها واجبة ، فكانت واجبة .
وانسا : أنها طعام لسرور حادث ، فأشبهه سائر الأطعمة . والخبر محمول على الاستحباب ، بدليل ما ذكرناه ، وكونه أمر بشاة ، ولا خلاف في أنها لا تجب ، وما ذكروه من المن لا أصل له ، ثم هو باطل بالسلام ليس بواجب . وإجابة السلم واجبة .

﴿مسألة﴾

٥٥٩٩

قال ﴿وعلى من دعى أن يجيب﴾

قال ابن عبد البر : لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعى إليها إذا لم يكن فيها لهو . وبه يقول مالك [والثورى] والشافعى ، والمزبى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . ومن أصحاب الشافعى من قال : هى من فروض الكفايات^(٦) ، لأن الإجابة لإكرام وموالة ، فهى كرد السلام .

وانسا : ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها » وفى لفظ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيت إليها »^(٧) وقال أبو هريرة : « شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ، ويترك الفقراء ، ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله »^(٨) . رواه البخارى ، وهذا عام ، ومعنى قوله : « شر الطعام طعام الوليمة » والله أعلم أى :

(١) سائطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٢) ، (٣) ، (٤) ، (٥) الأحاديث الأربعة بهذه الألفاظ في البخارى ج ٧ ص ٣١ الثلاثة عن أنس ، والرابع عن صفية بنت شيبة (ف) . (٦) انظر [حلية العلماء للقال . مخطوط رقم ٢٤٨٩٣ ب . دار الكتب المصرية] .

(٧) في الصحيح ٤٤/٧ منيرة إذا دعيت لها . (٨) الصحيح ٤٣-٧ ، منيرة . وفيه : ومن ترك الدعوة

فقد عصى الله ورسوله . ولفظ المنفى فى سنن ابن ماجه ١-٦١٦ حلى .

طعام الوليمة التي يدعى إليها الأغنياء^(١) ويترك الفقراء ، ولم يرد أن كل وليمة طعامها شر الطعام ، فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها ، ولا أمر بالإجابة إليها ، ولا فعلها ، ولأن الإجابة تجب بالدعوة ، فكل من دعى فقد وجبت عليه الإجابة .

(فصل)

٥٦٠٠

وإنما تجب الإجابة على من عُنِن بالدعوة ، بأن يدعو رجلاً بعينه ، أو جماعة معينين . فإن دعا الجفلى ، بأن يقول : يا أيها الناس ، أجيئوا إلى الوليمة ، أو يقول الرسول : أمرت أن أدعو كل من لقيت ، أو من شئت ، لم تجب الإجابة ، ولم تستجب ، لأنه لم يمين بالدعوة ، فلم تتعين عليه الإجابة ، ولأنه غير منصوص عليه ، ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ، وتجاوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء .

(فصل)

٥٦٠١

وإذا صنعت الوليمة أكثر من يوم جاز . فقد روى الخلال بإسناده عن أبيه « أنه أعرس ودعى الأنصار ثمانية أيام » ، وإذا دعى في اليوم الأول وجبت الإجابة ، وفي اليوم الثاني تستحب الإجابة ، وفي اليوم الثالث لا تستحب . قال أحمد : الأول يجب ، والثاني إن أحب ، والثالث فلا ، وهكذا مذهب الشافعي .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الوليمة أول يوم حق ، والثاني معروف ، والثالث رياء وسمة » رواه أبو داود^(٢) وابن ماجه وغيرهما . وقاله سعيد بن المسيب أيضاً . ودُعي سعيد إلى وليمة مرتين فأجاب ، فدعى الثالثة فحصب الرسول ، رواه أبو داود والخلال .

(فصل)

٥٦٠٢

والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والأكل ، بدليل ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعى أحدكم فجاه مع الرسول فذلك إذن له » ، رواه أبو داود^(٣) . وقال عبد الله بن مسعود : « إذا دعيت فقد أذن لك » رواه الإمام أحمد بإسناده .

(فصل)

٥٦٠٣

فإن دعاه ذمى^٤ فقال أصحابنا : لا تجب إجابته ، لأن الإجابة للمسلم للإكرام والمواالة ، وتأكيد المودة

(١) في المخطوطة ٣٩ : يدعى لها الأغنياء .

(٢) رواه أبو داود عن رجل من ثقف ج ٢ ص ٣٠٧ وكذلك رواه أحمد ، ورواه الترمذي عن ابن مسعود

ج ٥ ص ٤ ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة ج ١ ص ٥٩١ وفي إسناده عبد الملك بن حسين قال الحافظ : ضعيف (ف).

(٣) لفظ أبي داود ج ٢ ص ٦٢٩ « إذا دعى أحدكم إلى طعام فجاه مع الرسول فإن ذلك له إذن » (ف) .

والإخاء ، فلا تجب على المسلم للذي ، ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة ، ولكن تجوز إجابتهم ، لما روى أنس : « أن يهودياً دعا النبي صلى الله عليه وسلم إلى خبز شعير وإِهَالَةً سَنِيخَةً ^(١) فأجابه » ذكره الإمام أحمد في الزهد .

(فصل)

٥٦٠٤

فإن دعاه رجلان ولم يمكن الجمع بينهما ^(٢) وسبق أحدهما أجاب السابق ، لأن إجابته وجبت حين دعاه ، فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ، ولم تجب إجابة الثاني ، لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول ، فإن استويا أجاب أقربهما باباً ، لما روى أبو داود بإسناده ^(٣) عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما باباً ، فإن أقربهما باباً فأجب أقربهما جواراً ، فإن سبق أحدهما فأجب الذي سبق » وروى البخاري بإسناده عن عائشة قالت : « قلت يا رسول الله إن لي جارين ، فإلى أيهما أهدى ؟ قال : أقربهما منك باباً » ، ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني ، فإن استويا أجاب أقربهما رحماً ، لما فيه من صلة الرحم ، فإن استويا أجاب أدينهما ، فإن استويا أقرع بينهما ، لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق .

(مسألة)

٥٦٠٥

قال « فإن لم يجب أن يطعم دعا وانصرف »

وجملة ذلك : أن الواجب الإجابة إلى الدعوة ، لأنها التي أمر به ، وتؤد على تركه ، أما الأكل فغير واجب صائماً كان أو مفطراً ، نص عليه أحمد ، لكن إن كان للدعو صائماً صوماً واجباً أجاب ولم يفطر ، لأن الفطر غير جائز ، فإن الصوم واجب والأكل غير واجب . وقد روى أبو هريرة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن كان صائماً فليدع ، وإن كان مفطراً فليطعم » . رواه ^(٤) أبو داود وفي رواية « فليصل » يعني يدعو ، ودعى ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال :

(١) كل شيء من الأدهان مما يؤتدم به إهالة . وقيل : ما أذيب من الألية والشحم . وقيل : الدسم الجامد .
والسنة : النغرة الريح . (النهاية ١ / ٨٤ حلي) .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : ولا يمكن الجمع بينهما .

(٣) إسناده في أبي داود ج ٢ ص ٣١٠ وفيه أبو خالد اللادي وهو يزيد بن عبد الرحمن اختلف فيه كافي معالم السنن ج ٥ ص ٢٩٥ قال الحافظ في تلخيص الجبير ج ٣ ص ١٩٦ « إسناده ضعيف » ثم قال « وله شاهد في البخاري من حديث عائشة » وساق حديثها وهو الذي ذكره المفتي عقبه (ف) .

الدالاني . قال عنه ابن حبان : لا يجوز الاحتجاج به . وقال شريك : كان مرجحاً [فيل الأوطار ٦ / ٩٩ و ٩٨]
(٤) هذا الحديث رواه أبو داود عن ابن عمر بتقديم (فإن كان مفطراً فليطعم) على (وإن كان صائماً فليدع) انظر ج ٢ ص ٣٠٦ أمارواية أبي هريرة فقد أخرجها مسلم ج ٢ ص ١٠٥٤ بلفظ « فإن كان صائماً فليصل ... » (ف) .

« بسم الله ، ثم قبض يده وقال : كلوا فإني صائم » . وإن كان صوماً تطوعاً استحب له الأكل ، لأن له الخروج من الصوم ، فإذا كان في الأكل إجابة أخيه المسلم . وإدخال السرور على قلبه كان أولى . وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية ، فقال إني صائم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوك وتسكف لكم ، كل ثم صم يوماً مكانه إن شئت ^(١) » وإن أحب إتمام الصيام جاز ، لما روينا من الخبر المتقدم ولكن يدعو لهم ، ويبارك ^(٢) ، ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره ، فتزول عنه التهمة في ترك الأكل ، وقد روى أبو حفص بإسناده عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه : أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم ، فقال : إني صائم ، وتسكفني أحببت أن أجيب الداعي فأدعوا بالبركة » . وعن عبد الله ^(٣) قال « إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل : إني صائم » . وإن كان مفطراً فالأولى له الأكل ، لأنه أبلغ في إكرام الداعي ، وجبر قلبه ، ولا يجب عليه ذلك . وقال أصحاب الشافعي : فيه وجه آخر : أنه يلزمه الأكل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « وإن كان مفطراً فليطعم » ، ولأن المقصود منه الأكل فكان واجباً .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إذا دعى أحدكم فليجب ، فإن شاء أكل وإن شاء ترك ^(٤) » حديث صحيح ، ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم ، فلم يُلزمه (الأكل ^(٥)) لم يلزمه إذا كان مفطراً ، وقولهم : المقصود الأكل ، قلنا ، بل المقصود الإجابة ، ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل .

(فصل)

٥٦٠٦

إذا دعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود ونحوه وأمكته ^(٦) الإنكار وإزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار ، لأنه يؤدي فرضين : إجابة (أخيه) ^(٧) ، المسلم ، وإزالة المنكر . وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر . وإن لم يعلم بالمنسكر حتى حضر أزاله ، فإن لم يقدر انصرف ، ونحو هذا قال الشافعي . وقال مالك

(١) أخرجه الدارقطني عن جابر ج ١ ص ٢٣٧ طبع الهند بلفظ « تسكف لك أخوك وصنع ثم تقول : إني صائم ، كل وصم يوماً مكانه » وليس فيه « إن شئت » لكن قال الحافظ في التلخيص ج ٣ ص ١٩٨ « فيه عمرو ابن خليف وضاع » رواه الدارقطني والبيهقي بسند ضعيف آخر مرسل ، لكن في منتخب كنز العمال ج ٣ ص ٢٣ زيادة (إن شئت) معزوة للبيهقي عن أبي سعيد (ف) .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : ويترك .

(٣) أجمع علماء الرجال على أنه ابن مسعود إذا أطلق .

(٤) أخرجه مسلم وأبو داود وأحمد عن جابر (ف)

(٥) ساقطة من المخطوطة ٤٩ (٦) في المخطوطة ٣٩ فأمكنه الإنكار (٧) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

أما اللهو الخفيف ، كالدف والكبير^(١) فلا يرجع ، قاله ابن القاسم ، وقال أصبغ : أرى أن يرجع . وقال أبو حنيفة : إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فياً كل . وقال محمد بن الحسن : إن كان ممن يقتدى به فأحب إلى أن يخرج ، وقال الليث : إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها .

والأصل في هذا ما روى سُفْيَانُ^(٢) : أن رجلاً أضافه على ، فصنع له طعاماً ، فقالت فاطمة : لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا ؟ فدعوه فجاء فوضع يده على عضادتي الباب ، فرأى قرأماً^(٣) في ناحية البيت فرجع ، فقالت فاطمة لعلی : الخقه فقل له : ما أرجحك يا رسول الله ؟ فقال : إنه ليس لي أن أدخل بيتاً مزوقاً حديث حسن . وروى أبو حفص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها »^(٤) الخمر وعن نافع قال : « كنت أسير مع عبد الله بن عمر ، فسمع زمارة راع ، فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ، فلم يزل يقول : يا نافع ، أنسمع ؟ حتى قلت : لا . فأخرج أصبعيه من أذنيه : ثم رجع إلى الطريق ثم قال : هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع » رواه أبو داود والخلال ، ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فنع منه كما لو قدر على إزالته .

وبفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر ، حيث يباح له المقام ، فإن تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر^(٥) .

(فصل)

٥٦٠٧

فإن رأى نقوشاً وصور شجر ونحوها فلا بأس بذلك . لأن تلك نقوش ، فهي كالعلم في الثوب^(٦) ، وإن كانت فيه صور حيوان في موضع يوطأ أو يتكأ عليها كالتى في البسط والوسائد جاز أيضاً ، وإن كانت على الستور والمحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رموسها فعل وجلس ، وإن لم يمكن ذلك انصرف ولم يجلس ، وعلى هذا أكثر أهل العلم ، قال ابن عبد البر : هذا عدل المذاهب . وحكاه عن سعد بن أبي وقاص^(٧) وسالم ، وعروة ، وابن سيرين ، وعطاء ، وعكرمة بن خالد ، وعكرمة مولى ابن عباس ، وسعيد بن جبير ،

(١) في النسخ المطبوعة (الكبير) بالياء والصواب بالياء ، الكبير بفتح الباء والكاف : الطبل ذو الرأسين وقيل الطبل الذى له وجه واحد كما في لسان العرب ج ٥ ص ١٣٠ (ب)

(٢) أخرجه أحمد ج ٥ ص ٢٢٠ باختلاف يسير في اللفظ (ف)

(٣) هو ثوب فيه رقم ونقوش . أو السر الرقيق . وقيل : ثوب من صوف ملون يفرش في المودج أو يغطى به

(٤) أخرجه أحمد والنسائي والترمذي والحاكم عن جابر كما في نيل الأوطار ج ٦ ص ١٨٣ (ف)

(٥) أنظر قصة الإمام أبي حنيفة وجاره السكير في مناقبه (تنوثر بصائر المسقلدين) للشيخ مرعى بن يوسف الحنبلى

(٦) في المخطوطة ٣٩ : كالعلم في ثوب . (٧) في المخطوطة ٢٩ : سعيد بن أبي وقاص . وهو خطأ .

وهو مذهب الشافعي . وكان أبو هريرة يكره التصاوير وما نصب منها وما بسط ، وكذلك مالك ، إلا أنه كان يكرهها تنزها ، ولا يراها محرمة ، ولعلمهم يذهبون إلى عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة » ، متفق عليه ^(١) . وروى عن ابن مسعود « أنه دعى إلى طعام ، فلما قيل له أن في البيت صورة ، أبى أن يذهب حتى كسرت ^(٢) » .

ولنا : ماروت عائشة قالت : « قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت لي سهوة ^(٣) بنمط فيه تصاوير ، فلما رآه قال : أتسترين الخدر بستر فيه تصاوير ؟ فمتككة ^(٤) ، قالت : فجعلت منه منتبذتين ^(٥) ، كأني أنظر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئاً على إحدهما ^(٥) » رواه ابن عبد البر . ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل لم تكن معرزة ولا معظمة فلا تشبه الأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة . فلا تكبره ^(٦) وما رويها أخص مما روه . وقد روى عن أبي طلحة أنه قيل له : « ألم يقل النبي صلى الله عليه وسلم : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة (ولا كاب) ^(٧) قال : ألم تسمعه ^(٨) قال : إلا رقاً في ثوب ؟ »

(١) وفي ابن ماجه أيضا ٢ / ٢٠٣ : حلي

(٢) أخرجه البخاري واختلفت الروايات عنه هل رواه عن ابن مسعود أو أبي مسعود عقبة بن عمر . ولكن رجح الحافظ في الفتح ج ٩ ص ٢٠٤ أن يكون أبا مسعود ، الرواية البيهقي . لكنه قال : ويحتمل أن يكون ذلك وقع لعبد الله ابن مسعود أيضاً لكن لم أقف عليه ، أ هـ (ف)

(٣) السهوة . قال في النهاية : بيت صغير منحدر في الأرض قليلاً شبيه بالمنحدر والخزانة . وقيل : هو كالصفة تكون بين يدي البيت . وقيل شبيه بالرف أو الطاق يوضع فيه الشيء .

(٤) المنتبذتين . وفي ابن ماجه : منبوذتين . هما : المخذتان .

(٥) الحديث في سنن ابن ماجه مع اختلاف في اللفظ . وفي البخاري ٣٠٨ / ٧ . مع اختلاف في اللفظ أيضاً

٢ - ١٣٠٤ حلي .

(٦) في المطبوعة : فلا تكرم . ورجحنا ما في المخطوطات : ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ .

(٧) ساقطة من المخطوطة ١٨ ، ٣٩

(٨) ظاهر كلام المغني يوم أن قائل (ألم تسمعه) هو أبو طلحة وليس كذلك . وخلاصة الواقعة كما يؤخذ من صحيح البخاري ج ٧ ص ٢١٦ ومسلم ج ٣ ص ١٦٦٦ أن بسر بن سعيد ومعه عبيد الله الحولاني حدثهما زيد ابن خاله أن أبا طلحة حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة - ثم مرض زيد فعاده بسر وعبيد الله فوجدا في بيته ستر فيه تصاوير قال بسر - واللفظ للبخاري - فقلت لعبيد الله ريد ميمونة زوج النبي صلى الله عليه وسلم : ألم يخبرنا زيد عن الصور يوم الاول ؟ فقال عبيد الله : ألم تسمعه حين قال : إلا رقاً في ثوب ؟ (ف)

(م ٣٦ - المغني - سابق)

متفق عليه . وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا ، والمكروه منه ما كان معلقا ، بدليل حديث عائشة .

(فصل)

٥٦٠٨

فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة ، قال ابن عباس : « الصورة : الرأس ، فإذا قطع الرأس فليس بصورة » وحكى ذلك عن عكرمة . وقد روى عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أتاني جبريل فقال : أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه كان على الباب تماثيل . وكان في البيت ستر فيه تماثيل ، وكان في البيت كلب ، فُرُ برأس التمثال الذي على الباب ^(١) فبقي قطع فيصير كهية الشجر ^(٢) ومر بالستر فلقطع منه وسادتان منبوذتان توطآن ، ومر بالكلب فليخرج . ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٣) وإن قطع منه مالا يبقى الحيوان بعد ذهابه كصدره أو بطنه ، أو جعل له رأس منفصل عن يديه ، لم يدخل تحت النهى ، لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه ، فهو كقطع الرأس ، وإن كان الذهاب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل ، فهو صورة تحت النهى ، وكذلك إذا كان في ابتداء التصوير ^(٤) صورة بدن بلا رأس ، أو رأس بلا بدن ، أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان ، لم يدخل في النهى . لأن ذلك ليس بصورة حيوان .

(فصل)

٥٦٠٩

وصناعة التصوير محرمة على فاعلها ، لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الذين يصنعون هذه الصور ^(٥) يذهبون يوم القيامة ، يقال لهم : أحيوا ما خلقتم » وعن مسروق قال : « دخلنا ^(٦) مع عبد الله بيتا فيه تماثيل فقال لتمثال منها : تمثال من هذا ؟ قالوا : تمثال مريم . قال عبد الله : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن أشد الله عذابا يوم القيامة المصورون » . متفق عليهما والأمر بعمله محرم كعمله .

(١) في المخطوطة ٣٩ : الذي على باب البيت . (٢) في المخطوطة ٣٩ كهية الشجرة ١

(٣) الحديث أخرجه أبو داود ج ٢ ص ٣٩٣ والترمذي ج ١ ص ٢٥٠ وقال هذا حديث حسن صحيح وأخرجه أحمد ويختلف عنها لفظ الكتاب اختلافا يسيرا (ف)

(٤) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : في ابتداء التصوير . (٥) في المطبوعة : هذه الصورة .

(٦) ظاهر كلام المغنى أن عبد الله بن مسعود كان في البيت مع مسروق وأيس كذلك فليراجع صحيح البخارى ج ٧ ص ٢١٥ وصحيح مسلم ج ٣ ص ١٦٧٠ ونصها « . . . عن مسلم بن صبيح قال : كنت مع مسروق في بيت فيه تماثيل مريم . فقال مسروق : هذا تماثيل كسرى . فقلت : لا . هذا تماثيل مريم . فقال مسروق : أما إنى سمعت عبد الله بن مسعود يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون » (ف)

٥٦١٠

(فصل)

فأما دخول منزل فيه صورة فليس بحرم ، وإنما أبيع ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعى بإسقاط حرمة ، لإيجاده المنكر في داره ، ولا يجب على من رآه في منزل الداعى الخروج في ظاهر كلام أحد . فإنه قال في رواية الفضل : إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل ؟ قال : هو أسهل من أن يكون على الجدار . قيل : فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيجز ؟ فقال : لا تضيق علينا ، ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونههم ، ينبغي لا يخرج . وهذا مذهب مالك . فإنه كان يكرهها تنزهاً ولا يراها محرمة . وقال أكثر أصحاب الشافعى : إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول ، لأن الملائكة لا تدخله ، ولأنه لو لم يكن محرماً لما جاز ترك الدعوة الواجبة من أجله .

ولنا : ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقيمان بالأزلام فقال : قاتلهم الله ، لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط . رواه أبو داود . وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتاً فيه تماثيل ^(١) ، وفي شروط عمر رضى الله عنه على أهل الذمة « أن يوسعوا أبواب كنائسهم ويبيحهم ليدخاها المسلمون للمبيت بها ، والمارة بدوابهم » وروى ابن عائذ في فتوح الشام : « أن النصراني صنعوا لعمر رضى الله عنه حين قدم الشام طعاماً فدعوه فقال : أين هو ؟ قالوا : في الكنيسة ، فأبى أن يذهب وقال لعل : امض بالناس فليتعبدوا - فذهب على رضى الله عنه بالناس ، فدخل الكنيسة وتغذى هو والمسلمون وجعل على ينظر إلى الصور وقال : ما على أمير المؤمنين لو دخل فأكل ؟ » وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصورة ، ولأن دخول الكنائس والبيع غير محرم ، فكذلك المنازل التي فيها الصور ، وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله علينا ، كما لو كان فيه كلب ، ولا يحرم علينا صحبة رفقة فيها جرس ، مع أن الملائكة لا تصحبهم ، وإنما أبيع ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرأله عن فعله . والله أعلم .

٥٦١١

(فصل)

فأما ستر الحيطان بستور غير مصورة ، فإن كان لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به ، لأنه يستعمله في حاجته فأشبهه الستر على الباب وما يلبسه على بدنه ، وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع عن الدعوة وترك الإجابة بدليل ما روى سالم بن عبد الله بن عمر قال : « أعرست في عهد أبي فاذن أبي الناس ، فكان أبو أيوب فيمن آذن ^(٢) وقد استروا بيتي بخباء ^(٣) أخضر ، فأقبل أبو أيوب مسرعاً فاطلع فرأى البيت

(١) الداخل مسلم بن صبيح مع مسروق ، وقد روى مسروق حديث ابن مسعود كما نهينا قريباً (ف)

(٢) في المخطوطة ٣٩ : فيمن آذناه (٣) في المخطوطة ٣٩ : بجنادى أخضر . ولعله بجاد .

مستتراً بخباء أخضر فقال : يا عبد الله ، أنسترون الجدر ؟ فقال أبى — واستحيا — : غلبتنا النساء يا أبا أيوب ، فقال : من خشيت أن يقلبته فلم أخش أن يقلبنيك ، ثم قال : لا أطعم لكم طعاماً ولا أدخل لكم بيتاً ثم خرج . رواه الأثرم .

وروى عن عبد الله بن يزيد الخطمى : « أنه دعى إلى طعام فرأى على باب البيت مبعجداً^(١) فقدم خارجاً وبكى ، قيل له : ما يبكيك ؟ قال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قد رقع^(٢) بردة له بقطعة آدم فقال : تطالمت عليه — كم الدنيا — ثلاثاً ثم قال — أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليه — كم قصمة وراحت أخرى ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى ، ونسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ قال عبد الله : أفلا أبكى وقد بقيت حتى رأيتمكم تسترون بيوتكم كما تستر الكعبة ؟ » .

وقد روى الخلال بإسناده عن ابن عباس ، وعلى بن الحسين عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى أن تستر الجدر » ، وروت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمرنا فيما رزقنا أن تستر الجدر » . إذا ثبت هذا فإن ستر الحيطان مكروه غير محرم ، وهذا مذهب الشافعى ، إذ لم يثبت في تحريمه دليل ، وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضى الله عنهم ، وإعما كره لما فيه من السرف كالزيادة في الملبوس والمأكل^(٣) ، وقد قيل : هو محرم للنهى عنه . والأول أولى ، فإن النهى لم يثبت ، ولو ثبت للحل على الكراهة لما ذكرناه .

(فصل)

٥٦١٢

وسئل أحمد عن الستور فيها القرآن ؟ فقال : لا ينبغي أن يكون شيئاً معلقاً فيه القرآن يستهان به ويمسح به ، قيل له : فيقلع ؟ فكره أن يقلع القرآن ، وقال : إذا كان ستر فيه ذكر الله فلا بأس^(٤) ، وكره أن يشتري الثوب فيه ذكر الله مما يجلس عليه أو يداس .

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ منجداً . وعلى هامش ٣٩ : من البجاد . وهو الكساء .

(٢) نحو هذا الترمذى بسنده إلى على قال : بينما نحن جلوس مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طلع علينا مصعب بن عمير رضى الله عنه ما عليه إلا بردة مرقعة بفرو فلما رآه رسول الله صلى الله عليه وسلم بكى للذى كان فيه من النعمة ثم قال : كيف بكم إذا غدا أحدكم في حلة وراح في أخرى ووضعت بين يديه صحيفة ورفعت أخرى وسترتم بيوتكم كما تستر الكعبة . قالوا : يا رسول الله نحن يومئذ خير منا اليوم . نكفى المؤنة وتفرغ للعبادة فقال : بل أنتم اليوم خير منكم يومئذ : وحديث عبد الله الخطمى أخرجه الحاكم والبيهقى (ف) .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : والسوق في المأكل ولعلها : والسرف . وفي ١٨ : وفى المأكل .

(٤) ساقطة من جميع المخطوطات التى بين أيدينا .

٥٦١٣

(فصل)

قيل لأبي عبد الله: الرجل يكثر البيت فيه تصاوير ترى أن يحكمها؟ قال: نعم. قال المروزي: قلت لأبي عبد الله: دخلت حماماً فرأيت صورة أترى أن أحك الرأس؟ قال: نعم. إنما جاز ذلك لأن اتخاذ الصورة منكر، فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم، ويتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة، كالرأس ونحوه، لأن ذلك يكفي، قال أحمد: ولا بأس [باللعب] باللعب ما لم تكن صورة لما روى عن عائشة قالت: دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ألعب باللعب فقال: ما هذا يا عائشة؟، فقلت: هذه خيل سليمان^(١) فجعل يضحك «رواه مسلم بنحوه».

٥٦١٤

(فصل)

والدف ليس بمنكر لما ذكرنا من الأحاديث فيه، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم به في النكاح، وروت عائشة: «أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان في أيام منى تدفان^(٢) وتضربان، والنبي صلى الله عليه وسلم متغش بثوبه، فأنهرهما أبو بكر، فكشف النبي صلى الله عليه وسلم عن وجهه، فقال: دعمما يا أبا بكر فإنها أيام عيد متفق عليه».

٥٦١٥

(فصل)

واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم، فإذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله، وكذلك ما كان من الفضة مستعملاً كالسحلة ونحوها، قال الأثرم: سئل أحمد إذا رأى حلقه امرأة فضة، ورأس مكحلة، يخرج من ذلك؟ فقال: هذا تأويل تأولته، وأما الآنية نفسها فليس فيها شك. وقال: ما لا يستعمل فهو أسهل، مثل الضبة في السكين والقدح، وذلك لأن رؤية المنكر كسماعة، فكما لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر، لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر.

٥٦١٦

(فصل)

وإن علم أن عند أهل الوليمة منكر لا يراه ولا يسمعه لكونه بمنزل عن موضع الطعام، أو يخفونه وقت حضوره، فله أن يحضر ويأكل. نص عليه أحمد، وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه، فإنه سئل عن الرجل يدعى إلى الختان أو العرس وعنده الخنثون، فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك؟ قال: أرجو ألا يأتهم إن لم يجب، وإن أجاب فأرجو أن لا يكون آثماً. فأسقط الوجوب لإسقاط الداعي حرمة نفسه باتخاذ المنكر، ولم يمنع الإجابة لكون الحبيب لا يرى منكراً ولا يسمعه. وقال أحمد: إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيباً، ولم ير منكراً. فعلى قوله هذا: لا تجب،

(٢) في المخطوطة ٣٩، ١٨: هذا خيل سليمان. (٣) في المخطوطة ٣٩، ١٨: تدفان.

إجابة مَنْ طعمه من مكسب خبيث ، لأن اتخاذه منكسر ، والأكل منه منكسر ، فهو أولى بالامتناع ^(١) وإن حضر لم يسغ له الأكل منه .

﴿ مسألة ﴾

٥٦١٧

قال ﴿ ودعوة الختان لا يعرفها المتقدمون ، ولا طى من دعى إليها أن يجيب ، وإنما وردت السنة في إجابة من دعى إلى وليمة تزويج ﴾

يعنى بالمقدمين : أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، الذين يتقدم بهم . وذلك لما روى « أن عثمان بن أبي العاص دعى إلى ختان ، فأبى أن يجيب ، فقيل له ، فقال : إنا كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » . رواه الإمام أحمد بإسناده . إذا ثبت هذا فحكم الدعوة للختان وسائر الدعوات غير الوليمة : أنها مستحبة ، لما فيها من إطعام الطعام ، والإجابة إليها مستحبة غير واجبة . وهذا قول مالك ، والشافعى ، وأبى حنيفة ، وأصحابه . وقال العنبري : تجب إجابة كل دعوة ، لعموم الأمر به . فإن ابن عمر روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا دعا أحدكم أخاه فليجبه » ، عُرْسًا كَانَ أَوْ غَيْرَ عُرْس . أخرجه أبو داود .

ولنا : أن الصحيح من السنة إنما ورد في إجابة الداعي إلى الوليمة ، وهى : الطعام فى العرس خاصة ، كذلك قال الخليل ، وثلث ، وغيرهما من أهل اللغة . وقد صرح بذلك فى بعض روايات ابن عمر ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « إذا دعا أحدكم إلى الوليمة عرس فليجب » رواه ابن ماجه . وقال عثمان بن أبى العاص : « كنا لا نأتى الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا ندعى إليه » ، ولأن التزويج يستحب إعلانة ، وكثرة الجمع فيه ، والتصويت ، والضرب بالدف ، بخلاف غيره .

فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمعمول على الاستحباب ، بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها . وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر ، ولأن فيه جبر قلب الداعى ، وتطبيب قلبه ، وقد دعى أحمد إلى ختان فأجاب وأكل . فأما الدعوة فى حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها ، لعدم ورود الشرع بها ، ولكن هى بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث . فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه ، وإطعام إخوانه ، وبذل طعامه ، فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى .

(١) هذا من حيث الورع ، لا من حيث الحلال والحرام ، فقد امتنع الإمام أحمد عن عطايا السلطان ، وهى ليست محرمة . وامتنع المحاسبي عن أخذ ميراثه من أيه مع عدم حرمة ولكن على سبيل الورع . انظر تفاصيل هذا الموضوع فى باب (مذاهب السلف فى الطعام والملابس) من كتاب [الكاتب للأخبار بن أسد المحاسبي] ؛

٥٦١٨

﴿مسألة﴾

قال ﴿والنشار مكروه، لأنه شبه النهبة. وقد يأخذه من غيره أحب إلى صاحبه النشار منه﴾

اختلفت الرواية عن أحد في النشار والتقاطه. فروى أن ذلك مكروه في العرس وغيره، وروى ذلك عن أبي مسمود البدرى، وعكرمة، وابن سيرين، وعطاء، وعبد الله بن يزيد^(١) الخطمى، وطلمحة، وزبيد الياضى. وبه قال مالك، والشافعى. وروى عن أحد رواية ثانية: ليس بمكروه، اختارها أبو بكر. وهو قول الحسن، وقتادة، والنخعى، وأبى حنيفة، وأبى عبيد، وابن المنذر. لما روى عبد الله بن قرط قال: «قرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس بدئات أو ست، فطفقن يزدلفن إليه بآيتهن يبدأ فنحرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقال كلمة لم أسمعها، فسألت من قرب منه فقال: قال: من شاء اقتطع» رواه أبو داود^(٢). وهذا جار مجرى النشار، وقد روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعى إلى وليمة رجل من الأنصار ثم أتوا به فأنهب عليه. قال الراوى: ونظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو^(٣) ذلك. قلت: يا رسول الله أو مانهيتنا عن النهبة؟ قال: نهيتكم عن نهبة^(٤) العساكر» (ولأنه نوع لإباحة. فأشبهه لإباحة الطعام للضيفان^(٥)).

ولنا: ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا تحل الثَّهْبِي والمُثْلَةُ» رواه البخارى وفى لفظ «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثَّهْبِي والمُثْلَةُ^(٦)» ولأن فيه نهياً وتزاحماً وقتالاً وربما أخذه من يكره صاحب النشار، لحرصه وشره ودناءة نفسه، وبجرمه من يحب صاحبه، لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب هذا. فإن أهل المروآت يصونون أنفسهم عن مزاحمة سفلة الناس على شيء من الطعام أو غيره، ولأن في هذا دناءة، والله يحب معالى الأمور ويكره سفاسفها، فأما خبر البدئات فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة في ذلك، لكثرة اللحم وقلة الآخذين، أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفريقها.

-
- (١) فى الطبعة الثالثة (عبد الله بن زيد الخطمى) والصواب عبد الله بن (يزيد) بن زيد الخطمى كما فى الخلاصة ص ٢١٩ (ف) (٢) لفظ المغنى قريب من نص أبى داود ج ١ ص ٤٠٩ (ف)
 (٣) فى المخطوطة ٣٩، ١٨ ويخفوا ذلك. ولعله تحريف.
 (٤) قال الحافظ فى التلخيص: رواه البيهقى عن معاذ بن جبل وفى إسناده ضعف وانقطاع (ف)
 (٥) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩، ١٨
 (٦) أخرجه أحمد والبخارى عن عبد الله بن زيد. وأضاف ابن الجوزى حديث الزمذى عن أنس: «من أذهب فليس منا» قال: صحيح. انظر (التحقيق لابن الجوزى مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتبة المصرية)

وفي الجملة : فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك . وأما إباحته فلا خلاف فيها ، ولا في الالتقاط ، لأنه نوع إباحة لما له . فأشبهه سائر الإباحات .

٥٦١٩

(مسألة)

قال ﴿ فإن قسم ^(١) على الحاضرين فلا بأس بأخذه ﴾

كذا روى عن أبي عبد الله رحمه الله : أن بعض أولاده حذق ^(٢) فقسم على الصبيان الجوز . أما إذا قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلا خلاف [في] أن ذلك حسن غير مكروه . وقد روى عن أبي هريرة قال : « قسم النبي صلى الله عليه وسلم يوماً بين أصحابه تمرأ فاعطى كل إنسان سبع تمرات ، فأعطاني سبع تمرات إحداهن حشفة ، لم تسكن ثمرة أعجب إلى منها ، شدت إلى ماضني ^(٣) » . رواه البخاري . وكذلك إن وضعه بين أيديهم وأذن لهم في أخذه على وجه لا يقع تنهاب ، فلا يكره أيضاً . قال المروزي : سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر ؟ فكرهه ، وقال : يعطون ، يقسم عليهم ^(٤) . وقال محمد بن علي بن بحر : سمعت حُسَيْنَ أم ولد أحمد بن حنبل تقول : لما حذق ابني حَسَنَ قال لي مولاي : حُسَن ، لا تنثروا عليه ، فاشترى تمرأ وجوزأ فأرسله إلى المعلم . قالت : وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال : أحسنت أحسنت ، وفرق أبو عبد الله على الصبيان الجوز ، لكل واحد خمسة خمسة .

٥٦٢٠

(فصل)

ومن حصل في حجره شيء من النثار فهو له غير مكروه ، لأنه مباح حصل في حجره فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره ، وليس لأحد أن يأخذه من حجره ^(٥) لما ذكرناه .

٥٦٢١

(فصل)

ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلون جميعاً ، وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس . وقد كان السلف يتماهدون ^(٦) في الغزو والحج . ويفارق النثار ، فإنه يؤخذ بنهب ، وتسالب وتجاذب ، بخلاف هذا .

(٢) حذق : أى أنه ختم القرآن ومهر فيه (ف).

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وإن قسم .

(٤) في المخطوطة : يقسم بينهم .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : شدت في ماضني .

(٥) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : أن يأخذ من حجره .

(٦) في المخطوطة ٣٩ : يتماهدون في الغزو .

(فصل في آداب الطعام)

يستحب غسل اليدين قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . قال المروزي : رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وإن كان على وضوء . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غذاؤه ، وإذا رفع » رواه ابن ماجه ^(١) .

وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن بن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر ، وبعده ينفي الهم » يعنى به غسل اليدين ^(٢) ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « من نام وفي يده ريح غمر ^(٣) وأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه » رواه أبو داود . ولا بأس بترك الوضوء لما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط ، فأتى بطعام ، فقال رجل : يا رسول الله ألا آتيتك بوضوء ؟ قال : لا أريد الصلاة » ^(٤) رواه ابن ماجه . وعن جابر قال : أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب الجبل ، وقد قضى حاجته ، وبين أيدينا تمر على ترس أو جفنة ، فدعونا فأكل معنا ، وما مس ماء . رواه أبو داود . وروى عنه : أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعى إلى الصلاة فألقاها من يده ، ثم قام فصلى ولم يتوضأ . رواه البخاري . ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين ، لهذا الحديث . وقال مهنا : سألت أحمد عن حديث يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقطعوا اللحم بالسكين فإنه من صنع الأعاجم . وانهشوه نهشاً . فإنه أهنا وأمرأ » قال : ليس بصحيح ^(٥) واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه .

(فصل)

٥٦٢٢

وتستحب التسمية عند الأكل ، وأن يأكل بيمينه مما يليه . لما روى عمر بن أبي سلمة ^(٦) قال : « كنت يقيم في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكانت يدي تطيش في الصحفة ، فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم : « يا غلام ، سم الله ، وكل بيمينك ، وكل مما يليك » ، متفق عليه ^(٧) . وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه ، فإن الشيطان يأكل بشماله ، ويشرب بشماله » رواه مسلم ^(٨) . وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل

(١) السنن ١٠٨٥/٢ حلي . وفي إسناده كثير وجبارة وهما ضعيفان . (٢) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : غسل اليدين

(٣) أى ريح اللحم . (٤) السنن ١٠٨٥/٢ حلي وفي الزوائد : فى إسناده مقال

(٥) هو من رواية أبي معشر . قال أبو داود : ليس بالقوى . وقال البيهقي : ورد ما يعارضه . انظر [تنزيه

الشريعة ٢ / ٢٤٨] (٦) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : عمرو بن أبي سلمة . وهو خطأ .

(٧) ورواه ابن ماجه كذلك . (٨) ما بين الحاصرتين ساقط من المخطوطة ٣٩

(٩) وفى ابن ماجه : ويأخذ بشماله ويعطى بشماله .

أحدكم فليذكر اسم الله ، فإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل : « بسم الله أوله وآخره » . « وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالساً ورجل يأكل ، فلم يسم حتى يبق من طعامه إلا لقمة ، فلما رفعها إلى فيه قال « بسم الله أوله وآخره » ، فضحك النبي صلى الله عليه وسلم وقال : « مازال الشيطان يأكل معه فلماذا ذكر الله فاء ما في بطنه » . رواه أبو داود . وعن عكراش بن ذؤيب قال : « أتى النبي صلى الله عليه وسلم بحفنة كثيرة الثريد والودك ، فأقبلنا فأكل نخبط يدي في نواحيها ، فقال : يا عكراش ، كل من موضع واحد ، فإنه طعام واحد ، ثم أتينا بطبق فيه ألوان [من] الرطب ، فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطبق وقال : « يا عكراش ، كل من حيث شئت ، فإنه غير لون واحد » رواه ابن ماجه . ولا يأكل من ذروة الثريد ، لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصفحة ولكن ليأكل من أسفلها ، فإن البركة تنزل من أعلاها » ، وفي الحديث : « كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها يبارك فيها » ، رواه ابن ماجه .

(فصل)

٥٦٢٣

ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ، ولا يمسح يده حتى يلعقها ؛ قال مثني : سألت أبا عبد الله عن الأكل بالأصابع كلها ؟ فذهب إلى ثلاث أصابع ، فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه كان يأكل بكفه كلها » ، فلم يصححه ، ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وقد روى كعب بن مالك قال : « كان رسول الله يأكل بثلاث أصابع ، ولا يمسح يده حتى يلعقها » . رواه الخلال بإسفاذه ويكره الأكل متكئاً لما روى أبو جحيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « لا آكل متكئاً^(١) » رواه البخاري^(٢) : ولا يمسح يده بالمندبل حتى يلعقها ، كما روينا ، ولما روى عن ابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يمسح يده حتى يلعقها أو يلعقها » . رواه أبو داود . وعن نُبَيْشَةَ قالت^(٣) : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أكل في قصعة فليحسها استغفرت له القصعة »^(٤) ، رواه الترمذي . وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وإياها كلها » . رواه ابن ماجه .

(١) المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : « لا آكل وأنا نائم » (٢) وابن ماجه ١٠٨٦/٢

(٣) في المخطوطة ٣٩ : وعن شيبه قال :

(٤) من حديث أنس من طريق سمعان بن مهدى . ذكره ابن عراق في الموضوعات . انظر (تنزيه الشريعة

٢٦٧/٢) وسمعان بن مهدى عن أنس لا يكاد يعرف الصلة به نسخة مكذوبة . قال ابن حجر : وهي

أكثر من ثلاثمائة حديث أكثر متونها موضوعة (للمصدر السابق ١/٦٥) .

٥٦٢٤

(فصل)

ويحمد الله إذا فرغ ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة ، فيحمده عليها » . رواه مسلم وعن أبي سعيد قال : « كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاماً قال : « الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » ، رواه أبو داود ، وعن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول إذا رفع طعامه : « الحمد لله كثيراً مباركاً فيه غير مُكفٍي^(١) ولا مُودِّع ، ولا مُستَفْتِي عنه ربُّنا » وعن معاذ بن أنس الجهني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أكل طعاماً فقال : الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقني من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه » . رواه ابن ماجه . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل طعاماً هو وأبو بكر وعمر ثم قال : « من قال في أوله : بسم الله وبركة الله ، وفي آخره : الحمد لله الذي أطعم وأروى ، وأنعم وأفضل : فقد أدى شكره » .

ويستحب الدعاء لصاحب الطعام لما روى جابر بن عبد الله قال : « صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاماً فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فلما فرغ قال : أئيبوا صاحبكم^(٢) قالوا : يا رسول الله وما إثابته ؟ قال : إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعاماً وشرب شرابه فدعوا له ، فذلك لإثابته » وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة قال : فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم : « أفطر عندك الصائمون ، وأكل طعامكم الأبرار ، وصلت عليكم الملائكة » رواهما أبو داود .

٥٦٢٥

(فصل)

ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جعفر قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل القناء بالربط ، ويكره عيب الطعام لقول أبي هريرة « ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاماً قط إذا انتهى شيئاً أكله ، وإن لم يشتهه تركه » . متفق عليهما . وإذا حضر فصادف قوماً يأكلون فدعوه لم يكره له الأكل ، لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم . ولا يجوز أن يتحين وقت

(١) مكفى : بفتح الميم وسكون الكاف وكسر الفاء وتشديد الياء اسم مفعول لأن الله هو الكافي لغيره وليس بمكفى من غيره ، لأنه مستغن عما سواه ، ومودع بالدال المشددة للمفتوحة أى حال كون الحمد غير متروك ، أو حال كون الله غير متروك الطالب منه ويجوز كسر الدال أى حال كون القائل غير تارك الحمد أو الطلب من الله وربنا منصوب على اللوح ، ويجوز رفعه خبر المحذوف ، وجره على البدلية والحديث رواه البخارى (ف)

(٢) انظر أبي داود ج ٢ ص ٣٣٠ (أئيبوا أخاكم) (ف) .

أكلهم فيهم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ إِلَى طَعَامٍ غَيْرَ نَاظِرِينَ إِنَاءً »^(١) . أى غير منتظرين بلوغ نضجه ، وعن أنس قال : « مَا أَكَلَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى خِوَانٍ وَلَا فِي سُكْرُجَةٍ »^(٢) ، قال^(٣) فعلام كنتم تأكلون ؟ قال : على السفر . وقال ابن عباس : لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الإناء . وفى المتفق عليه من حديث أبي قتادة « وَلَا يَتَنَفَسُ أَحَدُكُمْ فِي الْإِنَاءِ » ، وعن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إِذَا وُضِعَتِ الْمَائِدَةُ فَلَا يَقُومُ رَجُلٌ حَتَّى تَرْفَعَ الْمَائِدَةُ ، وَلَا يَرْفَعُ يَدَهُ وَإِنْ شِيعَ حَتَّى يَفْرَغَ الْقَوْمُ ، وَلْيُعْذِرْ فَإِنَّ الرِّجْلَ يُخْجَلُ جَائِسُهُ فَيَقْبِضُ يَدَهُ ، وَعَسَى أَنْ يَكُونَ لَهُ فِي الطَّعَامِ حَاجَةٌ » رواه ابن ماجه .

(فصل)

٥٦٢٦

قال محمد بن يحيى : قلت لأبي عبد الله : الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ . قال : لا بأس ، وقيل لأبي عبد الله : ماتقول في غسل اليد بالفضالة ؟ فقال : لا بأس به ، نحن نفعله ، واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحاً ثم تغسل به الدم من حيضة . والملح طعام ففي معناه ما أشبهه والله أعلم .

(١) سورة الأحزاب آية ٥٣

(٢) سكرجه كلمة فارسية يجوز فيها ضم السين والراء مع سكون الكاف ، ويجوز ضم السين والكاف وتشديد الراء مع ضمها : وهى إناء صغير يوضع فيه قليل من الأدم ومثل الكوامخ والمخلات التى تستعمل لتشهى الطعام (ف)
(٣) كلام للمغنى غير دقيق ونقل النص من البخارى ج ٧ ص ٩١ (. . .) قال علي هو الإسكاف عن قتادة عن أنس رضى الله عنه قال : ما علمت النبي صلى الله عليه وسلم أكل على سكرجة قط ولا خبز له مرقق قط ولا أكل على خزان . قبل لقتادة : فعلام كانوا يأكلون ؟ قال . على السفر . ومنه يعلم القول له والقائل (ف)

كتاب عشرة النساء والخلع

قال تعالى: «وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^(١) وقال تعالى: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»^(٢) وقال أبو زيد: يتقون الله فيهن، كما عليهن أن يتقين الله فيهم، وقال ابن عباس: إني لأحب أن أتزين للمرأة، كما أحب أن تتزين لي، لأن الله تعالى يقول: «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ». وقال الضحاك في تفسيرها: إذا أطعن الله، وأطعن أزواجهن. فعليه أن يحسن صحبتها، ويكف عنها أذاه، وينفق عليها من سمته. وقال بعض أهل العلم: التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف، ولا يمتطله به، ولا يظهر الكراهة، بل يبشر وطلاقة، ولا يتبعه أذى ولا منة، لقول الله تعالى: «وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» وهذا من المعروف.

ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق مع صاحبه، والرفق به، واحتمال أذاه، لقول الله تعالى: «وَبِالْوَدَّعَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ» إلى قوله: «وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ»^(٣) قيل: هو كل واحد من الزوجين. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عوان عندكم، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله». رواه مسلم. وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إن المرأة خلقت من ضيلع أعوج، لن تستقيم على طريقة، فإن ذهبت تقيمها كسرتها، وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج» متفق عليه. وقال: «خياركم خياركم لنسائهم» رواه ابن ماجه.

وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه، لقول الله تعالى: «وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ»^(٤) وقال النبي صلى الله عليه وسلم: «لو كتبت أمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن، لما جعل الله لهم عليهن من الحق». رواه أبو داود. وقال: «إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لم تنته الملائكة حتى ترجع»: متفق عليه. وقال لاسرأة: «أذات زوج أنت؟» قالت: نعم قال: «فإنه جنتك ونارك»^(٥) وقال: «لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه، وما أنفقت من نفقة من غير إذنه فإنه يرد إليه شطره». رواه البخاري.

(فصل)

٥٦٢٧

إذا تزوج امرأة مثلها يوطأ، فطلب تسليمها إليه وجب ذلك، وإن عرضت نفسها عليه لزمه تسليمها،

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

(١) سورة النساء آية ١٩

(٤) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٣) سورة النساء آية ٣٦

(٥) أخرجه أحمد ح ٤ ص ٣٤١ عن حصين بن محسن الأنصاري (ف)

ووجبت نفقتها ، وإن طلبها فسألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة أن تصلح أمرها فيها ، كاليومين والثلاثة ، لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم ^(١) : « لا تطرقوا النساء ليلاً حتى تمتشط الشعثة ، وتستجد المغيبة » . فمنع من الطروق ، وأمر بإمها لتصلح أمرها ، مع تقدم صحبتها لها ، فهنا أولى ، ثم إن كانت حرة وجب تسليمها ليلاً ونهاراً ، وله السفر بها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنفسائه ، إلا أن يكون سفرأ مخوفاً فلا يلزمها ذلك . وإن كانت أمة لم يلزم تسليمها إلا بالليل ، لأنها مملوكة عتيد على إحدى ^(٢) منفعتها ، فلم يلزم تسليمها في غير وقتها ، كالأجرها لخدمة النهار لم يلزم تسليمها بالليل . ويجوز للمولى بيعها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهى ذات زوج ، ولا يفسخ (الفكاح) ^(٣) بذلك بدليل أن بيع بريرة لم يبطل نكاحها .

(فصل)

٥٦٢٨

وللزوج إجبار زوجته على الفسل من الحيض والنفاس ، مسلحة كانت أو ذمية ، حرة كانت أو مملوكة ، لأنه يمنع الاستمتاع الذى هو حق له ، فلك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه . وإن احتاجت إلى شراء الماء فتمنعه عايه ، لأنه لحقه ، وله إجبار المسلمة البالغة على الفسل من الجنابة ، لأن الصلاة واجبة عليها ، ولا تتمكن منها إلا بالفسل .

فأما الذمية ففيها روايتان . إحداهما : له إجبارها عليه ، لأن كمال الاستمتاع يقف [عليه] ، فإن النفس تعاف من لا تفسل من جنابة . والثانية : ليس له إجبارها عليه ، وهو قول مالك ، والثورى ، لأن الوطء لا يقف عليه ، فإنه مباح بدونه ، وللشافعى قولان كالروايتين . وفى إزالة الوسخ والدرن وتقليم الأظفار وجهان ، بناء على الروايتين فى غسل الجنابة . وتستوى فى هذه المسئلة والذمية ، لاستوائهما فى حصول النفرة من ذلك حالها . وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ، ذكره القاضى . وكذلك الأظفار ، وإن طال قليلاً بحيث تعافه النفس ففيه وجهان . وهل له منعها من أكل ما له رائحة ككرهية كالبصل والثوم والكراث ؟ على وجهين .

أحداهما : له منعها من ذلك ، لأنه يمنع القبلة وكالاستمتاع .

(١) فى صحيح البخارى ج ٧ ص ٥٠ عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أطال أحدكم النية فلا يطرق أهله ليلاً « وفيه أيضاً » إذا دخلت ليلاً فلا تدخل على أهلِكَ حتى تستحد المغيبة وتمسح الشعثة « والمغيبة بضم الميم وكسر العين التى غاب عنها زوجها ، ومقصود الحديث أن تزين وتبيى نفسها وشعرها اتقع منه موقعاً حسناً (ف) .

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩

(٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ على أحد منفعتيها

والثاني : ليس له منعها لأنه لا يمنع الوطء ، وله منعها من السكر . وإن كانت ذمية ، لأنه يمنع الاستمتاع بها ، فإنه يزيل عقلها ويجعلها ، كالزق المنفوخ^(١) ، ولا يأمن أن تجنى عليه ، وإن أرادت شرب ما لا يسكرها فله منع المسئلة ، لأنها يعتقدان تحريمه ، وإن كانت ذمية لم يكن له منعها منه ، نص عليه أحمد ، لأنها تعتقد إباحتها في دينها ، وله إجبارها على غسل فمها منه ، ومن سائر النجاسات ، ليتمكن من الاستمتاع فيها ، ويتخرج أن يملك منعها منه لما فيه من الرائحة الكريهة ، وهو كالثوم . وهكذا الحكم لو تزوج مسئلة تعتقد إباحة يسير التبيذ ، هل له منعها منه ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي على نحو من هذا الفصل كله .

(فـ ل)

٥٦٢٩

وللزوجة منعها من الخروج من منزله إلى ماها منه بد ، سواء أرادت زيارة والديها ، أو عيادتهما ، أو حضور جنازة أحدهما . قال أحمد في امرأة لها زوج . وأم مريضة : طاعة زوجها أو جب عليها من أمها ، إلا أن يأذن لها ، وقد روى ابن بطة في أحكام النساء عن أنس ، أن رجلاً سافر ومنع زوجته من الخروج ، فرض أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة أبيها ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » . فمات أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في حضور جنازته ، فقال لها : « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم : « إني قد غفرت لها بطاعة زوجها » . ولأن طاعة الزوج واجبة ، والعيادة غير واجبة ، فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب . ولا يجوز لها الخروج^(٢) إلا بإذنه ، ولكن لا ينبغي للزوج منعها من عيادة والديها وزيارتهم ، لأن في ذلك قطيعة لها ، وحل لزوجه على مخالفته . وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف ، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف . وإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ، لأن ذلك ليس بطاعة ، ولا نفع ، وإن كانت مسئلة فقال القاضي : له منعها من الخروج إلى المساجد ، وهو مذهب الشافعي ، وظاهر الحديث يمنعها من منعها ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم^(٣) : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » . وروى أن الزبير تزوج عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل ، وكانت^(٤) تخرج إلى المساجد ، وكان غيبوراً ، فيقول لها : لو صليت في بيتك ؟ فتقول : لا أزال أخرج أو تمنعني ، فكره منعها لهذا الخبر . وقال أحمد في الرجل تسكون له المرأة أو الأمة النصرانية يشتري لها زناً ؟ قال : لا ، بل تخرج هي تشتري لنفسها ، فقييل له : جاريته تعمل الزناير ؟ قال : لا .

(فـ ل)

٥٦٣٠

وليس على المرأة خدمة زوجها من العجن والخبز والطبخ وأشباهه . نص عليه أحمد . وقال

(١) أى القرية المنفوخة .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ فلا يجوز لها الخروج .

(٣) أخرجه مسلم وأحمد عن ابن عمر (ف) (٤) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . فكانت تخرج .

أبو بكر ، بن أبي شيبة ، وأبو إسحاق : الجوزجاني : عليها ذلك ، واحتج بقصة علي وفاطمة : فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت ، وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل ، رواه الجوزجاني من طرق . قال الجوزجاني : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : « لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها . ولو أن رجلا أسمر أمراته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر ، أو من جبل أحمر إلى جبل أسود ، كان عليها أن تفعل » رواه بإسناده . قال : فهذه طاعته فيما لا منغمة فيه ، وكيف بمؤنة معاشه ؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال : « يا عائشة استعينا . يا عائشة ، أطعمينا ، يا عائشة هلي الشفرة واشحذينا بحجر^(١) » وقد روى أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى من الرحي ، وسألته خادما يكفيها ذلك .

وانا : أن المقيود عليه من جهتها الاستمتاع . فلا يلزمه غيره كسقي دوابه ، وحصاد زرعه . فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين علي وفاطمة فعلى ما تليق به الأخلاق الرضية ، وتجري العادة ، لا على سبيل الإيجاب ، كما روى عن أسماء بنت أبي بكر ، أنها كانت تقوم بفرس الزبير ، وتلتقط له النوى ، وتحمله على رأسها ، ولم يكن ذلك واجبا عليها ، ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة . ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به ، لأنه العادة ، ولا تصالح الحال إلا به ، ولا تفتظم المعيشة بدونه .

(فصل)

٥٦٣١

ولا يحل وطء الزوجة في الدبر في قول أكثر أهل العلم ، منهم : علي ، وعبد الله ، وأبو الدرداء ، وابن عباس ، وعبد الله بن عمرو ، وأبو هريرة . وبه قال سعيد بن المسيب ، وأبو بكر بن عبد الرحمن ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشافعي ، وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ورويت بإباحته عن ابن عمر ، وزيد بن أسلم ، ونافع ، ومالك . وروى عن مالك أنه قال : ما أدركت أحدا أفتدى به في دبره يشك في أنه حلال^(٢) ،

(١) في المخطوطة ٣٩ . وأحديها .

(٢) لا ندري كيف نسب هذا القول للإمام مالك رضي الله عنه . وأشنع منه نسبته إلى الصحابة رضوان الله عليهم . ولم نثر على هذا الرأي إلا في بعض مکتوبات المتأخرين . فقد نقله ابن الجوزي في كتابه المخطوط [التحقيق في أحاديث الخلاف] . وقال ابن جزى رحمه الله عند كلامه عن هذا الموضوع . « إنه حرام . ولقد افترى من نسبته إلى مالك » . انظر (القوانين الفقهية ص ١٤٣ مخطوط رقم ٨ ش فقه مالك بدار الكتب المصرية) . ولو كان مرويا عن ابن عمر لنبه الإمام أحمد ، كما نبه في تحقق توبة الزانية بمراودتها على الزنا . وقال القفال الشافعي في حلية العلماء : إن من روى عن مالك ذلك القول هم أهل العرب قالوا . إنه ذكره في كتاب السيرة قال : وحكامه في الحاوي عن أبي مليكة [٦٢٤/١] ولم نثر عليه في الكتب النقدمة للمالكية (ف) .

وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك . واحتج من أجله بقول الله تعالى : « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ »^(١) . وقوله سبحانه : « وَالَّذِينَ هُمْ لِقُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ »^(٢)

ولنا . ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله لا يستحي من الحق ، لا تأتوا النساء من أعجازهن »^(٣) وعن أبي هريرة ، وابن عباس ، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة في دبرها » رواها ابن ماجه . وعن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « محاش النساء حرام عليكم » وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من أتى حائضاً أو امرأة في دبرها ، أو كهنًا فصدقه بما يقول ، فقد كفر بما أنزل على محمد » . رواه كل من الأثرم . فأما الآية فروى جابر قال : « كان اليهود يقولون : إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول ، فأنزل الله « نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ » من بين يديها ، ومن خلفها ، غير أنه لا يأتيها إلا في المآتي » متفق عليه ، وفي رواية « اتها مقبلة ومدبرة ، إذا كان ذلك في الفرج » والآية الأخرى المراد بها ذلك .

(فصل)

٥٦٣٢

فإن وطئ زوجته في دبرها فلا حد عليه ، لأن له في ذلك شبهة ، ويعزر^(٤) لفعله المحرم ، وعليها الغسل^(٥) . لأنه إيلاج فرج في فرج ، وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات ، وتقرير المهر ، وجوب المدة . وإن كان الوطء لأجنبية وجب حد اللوطي^(٦) ، ولا مهر عليه ، لأنه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع . ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر إحسان ، إنما يحصل بالوطء الكامل ، وليس هذا بوطء كامل ولا إحلال للزوج الأول ، لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل ، ولا تحصل به الفية ، ولا الخروج من العفة^(٧) ، لأن الوطء فيهما لحق المرأة ، وحقها الوطء في القبل ، ولا يزول به الاكتفاء بصمتها في الإذن بالنكاح ، لأن بكاره الأصل باقية .

(فصل)

٥٦٣٣

ولا بأس بالغلذ بها بين الأليتين من غير إيلاج ، لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر ، فهو مخصوص بذلك ، ولأنه حرم لأجل الأذى ، وذلك مخصوص بالدبر^(٨) فاختص التحريم به .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٣ (٢) سورة المؤمنين آية ٦٥ (٣) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ في أعجازهن (٤) في المطبوعة . ويعذر . وما في المخطوطات أولى (٥) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ وعليهما العمل (٦) في المخطوطة ٣٩ . حد الوطء (٧) خلافاً للشيعه الإمامية . انظر المختصر النافع (٨) على هامش المخطوطة ٣٩ . لعله مخصوص بالقبل . وهو خطأ

(فصل)

٥٦٣٤

والعزل مكروه ، ومعناه : أن ينزع إذا قرب الإنزال ، فينزل خارجا من الفرج ، رويته كراهته عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ، وابن مسعود . وروى ذلك عن أبي بكر الصديق أيضا ، لأن فيه تقليل النسل ، وقطع اللذة عن الموطوءة ، وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد ، فقال : « تناكحوا تناسلوا تكثرُوا »^(١) . وقال : « سوداء ولود خير من حسناء عقيم »^(٢) . إلا أن يكون حاجة ، مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته إلى الوطء ، فيطأ ويمزل . ذكر الخرقى هذه الصورة ، أو تكون زوجته أمة ، فيخشى الرق على ولده ، أو تكون له أمة فيحتاج إلى وطئها ، وإلى بيعها ، وقد روى عن علي رضي الله عنه . أنه كان يمزل عن إمامته . فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم . ورويت الرخصة فيه عن علي ، وسعد ابن أبي وقاص ، وأبي أبوب ، وزيد بن ثابت ، وجابر ، وابن عباس ، والحسن بن علي ، وخباب بن الأرت ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، وعطاء ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى أبو سعيد قال : ذُكرَ — بمعنى العزل — عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « فلم يفعل أحدكم ؟ — ولم يقل فلا يفعل — فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خلقها » . وعنه أن رجلا قال : يا رسول الله ، إن لي جارية ، وأنا أعزل عنها ، وأنا أكره أن تحمّل ، وأنا أريد ما يريد الرجال ، وإن اليهود تُحدّث أن العزل المؤودة الصغرى . قال : « كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلق ما استطعت أن تصرفه » . رواه أبو داود .

(فصل)

٥٦٣٥

ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها ، نص عليه أحمد وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وذلك لأنه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ، ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ، ولا الفينة ، فلأن لا تملك المنع من العزل أولى .

ولا يمزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها . قال القاضي : ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، لأن حقها في الوطء . دون الإنزال ، بدليل أنه يخرج به من الفينة والمنة ، وللشافعية في ذلك وجهان . والأول أولى ، لما روى عن عمر رضي الله عنه . قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمزل عن الحرة إلا بإذنها » رواه الإمام أحمد في المسند ، وابن ماجه . ولأن لها في الولد حقاً ، وعليها في العزل ضرراً ، فلم يجز إلا بإذنها .

(١) أخرجه الديلمي في مسند الفردوس عن ابن عمر بلفظ تناكحوا تكثرُوا (ف) .

(٢) أخرجه الطبراني عن معاوية بن حيدة (ف) .

فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها ، وهو قول الشافعي ، استدلالا بمفهوم هذا الحديث . وقال ابن عباس : تُسْتَأْذَنُ الحرة ، ولا تستأذن الأمة ، ولأن عليه ضرراً في استرقاق ولده ، بخلاف الحرة . ويحتمل ألا يجوز إلا بإذنها ، لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفينة ، والفسخ عند تعذره بالعتة ، وترك العزل من تمامه ، فلم يجوز بغير إذنها كالحرّة .

٥٦٣٦ (فصل)

فإن عزل عن زوجته أو أمته ثم أنت بولد لحقه نسبه ، لما روى أبو داود عن جابر قال : جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : إن لي جارية وأنا أطوف عليها ، وأنا أكره أن تحمل ، فقال : « أعزل عنها إن شئت . فإنه سيأتيها ما قدر لها » وقال أبو سعيد : كنت أعزل عن جارية لي ، فولدت أحب الناس إلي ، ولأن لحوق النسب حكم يتعلق بالوطء ، فلم يعتبر فيه الإنزال كسائر الأحكام . وقد قيل : إن الوطء في الفرج يحصل به الإنزال ، ولا يحس به .

٥٦٣٧ (فصل في آداب الجماع)

تستحب التسمية قبله أقول الله تعالى : « وَقَدّْمُوا لِأَنفُسِكُمْ »^(١) قال عطاء : هي التسمية عند الجماع . وروى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال : بسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان ، وجنب الشيطان ما رزقنا ، فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبداً » متفق عليه ، ويكره التجرد عند الجماع ، لما روى عتبة^(٢) بن عبيد^(٣) قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ، ولا يتجرد تجرد الميرين » رواه ابن ماجه . وعن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه ، وإذا أتى أهله غطى رأسه « ولا يجامع بحيث يراها ، أحد أو يسمع حسنها ، ولا يقبلها ويباشرها عند الناس ، وقال أحمد : ما يعجبني إلا أن يكتم هذا كله . وقال الحسن في الذي يجامع المرأة والأخرى تسمع ، قال : كانوا يكرهون الوجس ، وهو الصوت الخفي ، ولا يتحدث بما كان بينه وبين أهله ، لما روى الحسن قال : جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الرجال والنساء ، فأقبل على الرجال فقال : « لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله ، إذا خلا » ثم أقبل على النساء فقال : « لعل إحداكن تحدث النساء بما يصنع بها زوجها » . قال : فقالت امرأة : إنهم ليفعلون ، ولما لنفعل ، فقال : « لا تفعلوا ، فإما مثل ذلكم كمثل شيطان لقي شيطانة ، فجامعها والناس ينظرون »^(٤) .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : عبد بن عبد .

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٣ .

(٣) في المطبوعات (عتبة بن عبيد) والصواب (عتبة بن عبد) كما في ابن ماجه ج ١ ص ٥٩٣ وترجمته في

الخلاصة ص ٢٥٨ (ف) (٤) أخرجه الطبراني عن أسماء بنت يزيد كما في مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٩٤ (ف) .

وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ، ولا يستقبل القبلة حال الجماع ، لأن عمرو بن حزم ، وعطاء ، كرها ذلك ، ويكره الإكثار من الكلام حال الجماع ، لما روى قبيصة بن ذؤيب ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تكثرُوا الكلام عند مجامعة النساء ، فإن منه يكون الخرس والفأفة^(١) » . ولأنه يكره الكلام حالة البول ، وحال الجماع في معناه ، وأولى بذلك منه ، ويستحب أن يلاعب امرأته قبل الجماع ، لتنهض شهوتها ، فتنال من لذة الجماع مثل ما ناله .

وقد روى عن عمر بن عبد العزيز ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تواجهها إلا وقد أتاها من الشهوة منسل ما أتاك ، لكيلا تسيقها بالفراغ — قلت : وذلك إلى ؟ قال : نعم ، إنك تقبلها وتغمرها وتلمسها^(٢) فإذا رأيت أنه قد جاءها مثل ما جاءك واقعها » فإن فرغ قبلها كره له النزاع حتى تفرغ ، لما روى أنس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا جامع الرجل أهله فليصدقها ، ثم إذا قضى حاجته فلا يعجاها ، حتى تقضى^(٣) حاجتها » . ولأن في ذلك ضرراً عليها ، ومنعاً لها من قضاء شهوتها . ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه ، فيتمسح بها ، فإن عائشة قالت : ينبغي للمرأة إذا كانت عاقلة أن تتخذ خرقة ، فإذا جامعها زوجها تناولته فمسح عنه ، ثم تمسح عنها ، فيصليان في ثوبهما ، ذلك ما لم تصبه جنابة ، ولا بأس أن يجمع بين نسائه وإمائه بفصل واحد ، لما روى عن أنس^(٤) قال : سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم من نسائه غسلاً واحداً ، في ليلة واحدة . فإن حدث الجنابة لا يمنع الوطء ، بدليل إتمام الجماع . قال أحمد : إذا أراد أن يعود فأعجب إلى الوضوء ، فإن لم يفعل فأرجو ألا يكون به بأس ، ولأن الوضوء يزيد نشاطاً ونظافة ، فاستحب . وإن اغتسل بين كل وطنين فهو أفضل ، فإن أبارافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعاً فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلاً ، فقالت : يا رسول الله ، لو جماعته غسلاً واحداً ؟ قال : « هذا أزكى وأطيب وأطهر » رواه أحمد في المسند . وروى أحاديث هذا الفصل كلها أبو حفص المكي . وروى ابن بطة بإسناده عن أبي سعيد ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة » .

(فصل)

٦٥٣٨

وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد بغير رضاها ، صغيراً كان أو كبيراً ، لأن عليهما ضرراً ، لما بينهما من العداوة والغيرة ، واجتماعهما يثير الخصامة والفتنة ، وتسمع كل واحد منهما حسه إذا

(١) أخرجه ابن عساكر (ف) . (٢) في المطبوعة : وتلمزها .

(٣) أخرجه أبو يعلى وعبد الرزاق في الجامع (ف) .

(٤) في مسلم ج ١ ص ٢٤٩ عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه بفصل واحد (ف)

أتى إلى الأخرى ، أو ترى ذلك ، فإن رضيتا بذلك جاز ، لأن الحق لهما ، فلهما المساحة بتركه ، وكذلك إن رضيتا بنومه بينهما في لحاف واحد . وإن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز ، لأن فيه دناءة وسخفا ، وسقوط مروءة ، فلم يبيع برضاها . وإن أسكنهما في دار واحدة كل واحدة في بيت جاز ، إذا كان ذلك مسكن مثلها .

(فصل)

٥٦٣٩

روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أتعجبون من غيرة سعد ؟ لأنا أغير منه والله أغير مني »^(١) وعن علي رضي الله عنه قال : « بلغني أن نساءكم ليزاحن الملوغ في الأسواق ، أما تفارون ؟ إنه لاخير فيمن لا يفار » . وقال محمد بن علي بن الحسين : كان إبراهيم عليه السلام غيوراً ، وما من امرئ لا يفار إلا منكوس القلب .

﴿مسألة﴾

٥٦٤٠

قال أبو القاسم ﴿ وعلى الرجل أن يساوى بين زوجاته في القسم ﴾

لا نعلم بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم خلافاً ، وقد قال الله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف »^(٢) ، وأيسر مع الميل معروف ، وقال الله تعالى : « فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمُتَكَبِّرِ »^(٣) وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من كانت له امرأتان فإل إلى إحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » وعن عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلأني فيما لا أملك »^(٤) . رواها أبو داود^(٥) . إذا ثبت هذا : فإنه إذا كان عنده نسوة لم يجز له أن يبتدىء بأحدة منهن إلا بقربة ؛ لأن البداءة بها تفضيل لها ، والتسوية واجبة ، ولأنهن متساويات في الحق ، ولا يمكن الجمع بينهما ، فوجب المصير إلى القرعة كما لو أراد السفر بإحدها ، فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ، وبصير في الليلة الثانية إلى

(١) أخرجه البخاري عن المغيرة ج ٧ ص ٢١٥ (ف) (٢) سورة النساء آية ١٩ (٣) سورة النساء آية ١٢٩ (٤) الحديثان رواهما أبو داود ج ١ ص ٩٢ والنسائي ج ٧ ص ٦٣ ، ٦٤ والترمذي ج ٥ ص ٨٠ وابن ماجه ج ٤٩٢١ والحاكم في المستدرک ج ٢ ص ١٨٦ ، ١٨٧ وما لا يملكه الرسول هو ميل القلب ورجح الترمذي إرسال حديث عائشة من رواية حماد بن زيد على وصله من رواية حماد بن سلمة (ف) .

(٥) حديث « من كان له امرأتان » عن أبي هريرة مرفوعاً . ورجاله ثقات وصححه ابن حبان والحاكم إلا أن البخاري صوب أنه من رواية حماد عن أيوب عن أبي قلابة مرسلًا . والحديث الثاني رواه أحمد والأربعة وإسحاق والبزار وابن حبان والحاكم من حديث حماد بن سامة عن أيوب عن أبي قلابة انظر [الدراية ٢/٦٦] . نشره عبدالله هاشم بالمدينة المنورة .

الثانية بغير قرعة ، لأن حقها متعين . وإن كن ثلاثا أقرع في الليلة الثانية للبداية بإحدى الباقيتين ، وإن كن أربعاً أقرع في الليلة الثالثة ، وبصير في الليلة الرابعة إلى الرابعة بغير قرعة . ولو أقرع في الليلة الأولى فجعل سهمها للأولى ، وسهماً للثانية ، وسهماً للثالثة ، وسهماً للرابعة ، ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز ، وكان لكل واحدة ماخرج لها .

(فصل)

٥٦٤١

وبقسم المريض والمجبوب والعننين (والخنثى)^(١) والخصى ، وبذلك قال الثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . لأن القسم للأنس ، وذلك حاصل ممن لا يطق ، وقد روت عائشة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان في مرضه جعل يدور في نسائه ويقول : أين أنا غداً ؟ » أين أنا غداً ؟^(٢) . رواه البخارى ، فإن شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن ، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم ، قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى النساء فاجتمعن ، قال : « إني لا أستطيع أن أدور بينكن ، فإن رأيتم أن نأذن لى فأكون عند عائشة فعلن ، فأذن له » . رواه أبو داود . فإن لم يأذن له أقام عند إحداهن بالقرعة ، أو اعتزلن جميعاً إن أحب ، فإن كان الزوج مجنوناً لا يخاف منه طاف به الولي عليهن ، وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه ، لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة^(٣) . وإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ، ثم أفاق المجنون ، فعليه أن يقضى للمظلومة ، لأنه حق ثبت في ذمته ، فلزمه إيفاؤه حال الإفاقة كاللأل .

(فصل)

٥٦٤٢

وبقسم المريضة ، والرتقاء ، والحائض ، والنساء ، والمحزومة ، والصغيرة الممكن وطؤها ، وكلهن سواء في القسم ، وبذلك قال مالك ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وكذلك التى ظاهراً منها ، لأن القصد الإيواء والسكن والأنس ، وهو حاصل لهن . وأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهى كالصحيحة ، وإن خاف منها فلا قسم لها ، لأنه لا يأمنها على نفسه ، ولا يحصل لها أنس ولا بها .

(فصل)

٥٦٤٣

ويجب قسم الابتداء . ومعناه : أنه إذا كانت له امرأة لزمه البيت عندها ليلة من كل أربع ليال ، ما لم يكن عذر . وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع . وبه قال الثورى ، وأبو ثور .

(١) ساقطة من ١٨ ، ٢٠ ، ٣٩

(٢) ما بين الحاد مرتين ساقط من المخطوطات التى بين أيدينا . (٣) فى المخطوطة ٣٩ : فلا فائدة .

وقال القاضى فى المجرى : لا يجب قسم الابتداء إلا أن يترك الوطء مُضِرّاً ، فإن تركه غير ^(١) مُضِرٍّ لم يلزمه قسم ولا وطء ، لأن أحمد قال : إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة بطل أن يكون عنيّنا ، أى لا يؤجل . وقال الشافعى : لا يجب قسم الابتداء بحال ، لأن القسم لحقه فلم يجب عليه .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص : « يا عبد الله ، ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل ؟ » . قلت : بلى يا رسول الله . قال : « فلا تفعل ، صم ، وأفطر ، وقم ، ونم ، فإن لجسدك عليك حقاً ، وإن لعينك عليك حقاً ، وإن لزوجك عليك حقاً » . متفق عليه . فأخبر أن المرأة عليه حقاً ، وقد اشتهرت قصة كعب بن سور ، رواها عمر بن ^(٢) شعبة ^(٣) فى كتاب قضاة البصرة ^(٤) من وجوه إحداهن عن الشعبي ، أن كعب بن سور كان جالساً عند عمر بن الخطاب ، فجاء امرأة فقالت : يا أمير المؤمنين ، ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجى ، والله إنه ليبيت ليلى قائماً ، ويظل نهاره صائماً ، فاستغفر لها ، وأثنى عليها ، واستحيت المرأة ، وقامت راجعة . فقال كعب : يا أمير المؤمنين ، هلا أعديت المرأة على زوجها . فجاء فقال لكعب : اقض بينهما ، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم . قال : فإنى أرى كأنهما امرأة عليها ثلاث نسوة ، هى رابعتهن ، فأقضى له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ، ولها يوم وليلة . فقال عمر : والله ما رأيت الأول بأعجب إلى من الآخر ، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة . وفى رواية فقال عمر : زعم القاضى أنت . وهذه قضية انتشرت فلم تُنكر فكانت إجماعاً ، ولأنه لو لم يكن حقاً لم تستحق فسخ النكاح لاعتدله بالجب والعنة ، وامتناعه بالإبلاء . ولأنه لو لم يكن حقاً للمرأة لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به ، كالزيادة فى النفقة على قدر الواجب .

إذا ثبت هذا فقال أصحابنا : حق المرأة ليلة من كل أربع ، وللأمة ليلة من كل سبع ، لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ، ولها السابعة . والذى يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان ، لتكون على النصف مما للحرّة ، فإن حق الحرّة من كل ثمان ليلتان ، ليس لها أكثر من ذلك ، فلو كان للأمة ليلة من سبع ل زاد على النصف ، ولم يكن للحرّة ليلتان والأمة ليلة ، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسمن بينهما سبعاً ، فإذا يصنع فى الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه ميبتها عند

(١) فى النسخ المطبوعة مصراً ، غير مصر ، والصواب مضراً ، غير مضر بالضاد المعجمة كما فى الشرح الكبير ونصه « قال القاضى فى المجرى . لا يجب قسم الابتداء إلا إن كان يترك الوطء مضراً ، فإن كان تركه غير مضر الخ » (ف)

(٢) الصواب (عمر بن شبة) كما فى نسخى المغنى مع الشرح الكبير ج ٨ ص ١٣٦ ، ١٤٠ ولو ترجمته فى وفيات الأعيان ج ٣ ص ١١٤ . (٣) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : عمرو بن شبة

(٤) لم تقف عليه فى التراث المخطوط بمصر . والكتاب ١٣٥ « أخبار قضاة البصرة لأبى عبيدة معمر بن المثنى

البصرى (كشف الظنون ٢٩٣١)

حرة فقد زادها على ما يجب لها . وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرّة ، ولا سبيل إليه ، وعلى ما اخترنا تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد فيها ، وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم .

وإن كان عنده حرة وأمة قسم لمن ثلاث ليال من ثمان ، وله الانفرد في خمس ، وإن كان تحته حرتان وأمه فلهن خمس ، وله ثلاث . وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست ، وله اثنتان . وإن كانت أمة واحدة فإياها ليلة وله سبع . وعلى قولهم لها ليلة وله ست .

(فصل)

٥٦٤٤

والوطء واجب على الرجل إذا لم يكن له عذر ، وبه قال مالك . وعلى قول القاضى : لا يجب إلا أن يتركه للإضرار . وقال الشافعى : لا يجب عليه ، لأنه حق له ، فلا يجب عليه كسائر حقوقه .

ولنا : ما تقدم في الفصل الذى قبله ، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته قال : إن لها عليك حقاً يا بعل ، تصيبها في أربع لمن عدل ، فأعطها ذاك ودع عنك العلل . فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ، ولأنه حق واجب بالاتفاق وإذا حلف على تركه فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجباً لم يصير باليمين على تركه واجباً كسائر ما لا يجب ، ولأن النكاح شرع لمصاحبة الزوجين ، ودفع الضرر عنهما ، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة ، كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل ، فيجب تعميله بذلك ، ويكون النكاح حقاً لهما جميعاً ، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لماوجب استئذانها في المزل كالأمة .

إذا ثبت وجوبه فهو مقدر بأربعة أشهر ، نص عليه أحمد . ووجهه : أن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولى ، فكذلك في حق غيره ، لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه ، فيدل على أنه واجب بدونها ، فإن أصر على ترك الوطء وطالبت المرأة ، فقد روى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ، يقول : غداً أدخل بها ، غداً أدخل بها ، إلى شهر ، هل يجبر على الدخول ؟ فقال : أذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها ، وإلا فرق بينهما ، فجعله أحمد كالملوئى

وقال أبو بكر بن جعفر : لم يرو مسألة ابن منصور غيره ، وفيها نظر ، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك ، وهو قول أكثر الفقهاء ، لأنه لو ضرب له المدة لذلك وفرق بينهما لم يكن للإيلاء أثر ، ولا خلاف في اعتباره .

(فصل)

٥٦٤٥

وإن سافر عن امرأته أمذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ، ولذلك لا يصح

نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحد ذهب إلى توقيته بستة أشهر ، فإنه قيل له : كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال : ستة أشهر ، يُكْتَبُ إليه ، فإن أبي أن يرجع فرق الحاكم بينهما . وإنما صار إلى تقديره بهذا الحديث عمر ، رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم ، قال : بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فر بامرأة في بيتها وهي تقول :

نطاول هذا الليل واسودّ جانبه وطال على أن لا خليل الأعبه
ووالله لولا خشية الله وحده لحركت من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر ، فقيل له : هذه فلانة ، زوجها غائب في سبيل الله ، فأرسل إليها امرأة تكون معها ، وبعث إلى زوجها فأقبله ^(١) ، ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ، كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت : سبحان الله ، مثلك يسأل مني عن هذا ؟ فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت : خمسة أشهر ، ستة أشهر ، فوقت للناس في مغازيتهم ستة أشهر ، يسرون شهرًا أو يقيمون أربعة ويسرون شهرًا راجعين . وسئل أحمد ، كم للرجل أن يغيب عن أهله ؟ قال : يرون ستة أشهر ، وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له ، فإن غاب أكثر من ذلك لغير عذر ، فقال بعض أصحابنا : يرأسه الحاكم ، فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه ، ومن قال : لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فهنا أولى ، وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم حاكم ، لأنه مختلف فيه .

(فصل)

٥٦٤٦

وسئل أحمد : يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له شهوة ؟ فقال : إى والله ، يحسب الولد ، وإن لم يرد الولد يقول : هذه امرأة شابة ، لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح ، فإن أبا ذر روى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ، « مَبَاضَةُكَ أَهْلَكَ صَدَقَةٌ . قلت : يا رسول الله ، أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : أرايت لو وضعه في غير حقه كان عليه وزر ^(٢) ؟ قال : قلت : بلى ، قال : أفتحتسبون بالسيئة ولا تحسبون بالخير ^(٣) » . ولأنه وسيلة إلى الولد ، وإعفاف نفسه وامرأته ، وغض بصره ، وسكون نفسه ، أو إلى بعض ذلك .

(فصل)

٥٦٤٧

وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن . قال أحمد في الرجل له امرأتان : له أن يفضل إحداها على الأخرى في النفقة ، والشهوات ، والسكنى إذا كانت الأخرى

(١) أى أعاده قافلاً إلى المدينة . (٢) في المخطوطة ٣٩ : ما كان عليه وزر ؟

(٣) أخرجه مسلم عن أبي ذر بمعنى (ف) .

في كفاية . ويشترى لهذه أرفع من ثوب هذه ، وتكون تلك في كفاية ، وهذا لأن التسوية في هذا كله تشق ، فلو وجب لم يمكنه القيام به إلا بخرج ، فسقط وجوبه كالتسوية في الوطاء .

﴿ مسألة ﴾

٥٦٤٨

قال ﴿ وعاد القسم الليل ﴾

لا خلاف في هذا ، وذلك لأن الليل للسكن والإيواء^(١) ، يأوى فيه الإنسان إلى منزله ، ويسكن إلى أهله ، وينام في فراشه مع زوجته عادة ، والنهار للمعاش ، والخروج والتكسب والاشتغال . قال الله تعالى : « وَجَعَلَ اللَّيْلَ سَكَنًا »^(٢) وقال تعالى : « وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا * وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا »^(٣) وقال : « وَمِنْ رَحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ »^(٤) فعلى هذا يقسم الرجل بين نساؤه ليلة وليلة ، ويكون في النهار في معاشه ، وقضاء حقوق الناس ، وما شاء مما يباح له ، إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحرّاس ، ومن أشبههم ، فإنه يقسم بين نساؤه بالنهار ، ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره .

(فصل)

٥٦٤٩

والنهار يدخل في القسم تبعاً لليل بدليل ما روى أن سودة وهبت يومها لعائشة . متفق عليه . وقالت عائشة : « قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَيْتِي ، وَفِي يَوْمِي » . وإنما قبض النبي صلى الله عليه وسلم نهارة ، ويقع اليوم الليلة للماضية ، ولأن النهار تابع لليل ، ولهذا يكون أو الشهر الليل ، ولو نذر اعتكف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ، ويخرج منه بعد غروب شمس آخر يوم منه ، فيبدأ بالليل وإن أحب أن يحمل النهار مضافاً إلى الليل الذي يتعقبه جاز ، لأن ذلك لا يتفاوت .

(فصل)

٥٦٥٠

فإن خرج من عند بعض نساؤه في زمانها ، فإن كان ذلك في النهار أو أول الليل ، أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه ، والخروج إلى الصلاة جاز ، فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ، ولصلاة الفجر قبل طلوعه . وأما النهار فهو للمعاش والانتشار ، وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد ، لم يقض لها ، لأنه لا فائدة في قضاء ذلك ، وإن أقام قضاء لها ، سواء كانت إقامته لعذر^(٥) من شغل أو حبس ، أو لغيره . عذر لأن حقها قد فات بنفيته عنها ، وإن أحب أن يحمل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه^(٦)

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : والأوى (٢) سورة الأنعام آية ٩٦ (٣) سورة التبا آية ١٠ ، ١١

(٤) سورة القصص آية ٧٣ (٥) في المخطوطة ٣٦ : لئذ . ولعله تحريف .

(٦) هكذا في جميع الأصول المخطوطة التي بين أيدينا . ولعل المراد : إن أراد أن يغيب عن الأخرى كما غاب

عن هذه ، حتى لا يقضى لها ، ويكون بذلك قد سوى بينهما فعل .

جاز ، لأن النسوية تحصل بذلك ، ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكاملها في حق كل واحدة منهما ، فبعضها أولى ، ويستحب أن يقضى لها في مثل ذلك الوقت ، لأنه أبلغ في المائلة ، والقضاء تعتبر المائلة فيه كقضاء العبادات والحقوق .

وإن قضاء في غيره من الليل مثل : أن فاتها في أول الليل ^(١) ، فقضاء في آخره ، أو من آخره فقضاء في أوله ، ففيه وجهان ، أحدهما : يجوز . لأنه قد قضى قدر ما فاتته من الليل ، والآخر لا يجوز لعدم المائلة إذا ثبت هذا ، فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى ، لئلا يفوت حق الأخرى ، فتحتاج إلى قضاء ، ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضى منها ، وإما أن يقسم ليلة بينهما ، ويفضل هذه بقدر ما فاتت من حقها ، وإما أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فاتت من ليلة هذه ، وإما أن يقسم للترك بينهما ، مثل أن يترك من ليلة إحداها ساعتين ، فيقضى لها من ليلة الأخرى ساعة واحدة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة .

(فصل)

٥٦٥١

وأما الدخول على زوجها في زمنها ، فإن كان ليلاً لم يجز إلا لضرورة ، مثل أن يكون منزولاً ^(٢) بها فبريد أن يحضرها ، أو توصى إليه ، أو ما لا بد منه ، فإن فعل ذلك ولم يلبث أن خرج لم يقض ، وإن أقام وبرئت المرأة للمريضة ، قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها ، وإن دخل لحاجة غير ضرورة ^(٣) أتم ، والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة ، لأنه لا فائدة في قضاء اليسير ، وإن دخل عليها فجاءها في زمن يسير ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قضاؤه ، لأن الوطء لا يستحق في القسم ، والزمن اليسير لا يقضى .

والثاني : يلزمه أن يقضيه ، وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة الجمعة ، فيجاءها ليعدل بينهما ، ولأن اليسير مع الجماع يحصل به السكن ، فأشبه الكثير ، وأما الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها ، فيجوز للحاجة من دفع النفقة ، أو عيادة ، وسؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته ، أو زيارتها لبعدها عنها ، ونحو ذلك لما روت عائشة قالت « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل على في يوم غيري ، فينال مني كل شيء إلا الجماع » ، وإذا دخل إليها لم يجامعها ، ولم يطل عندها ، لأن السكن يحصل بذلك ، وهي لا تستحقه ، وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان .

(١) في المخطوطة ٣٩ : أن أفتها أول الليل . (٢) منزولاً بها : مريضة (ف)

(٣) في المطبوعة ، وإن خرج ، والسباق تقتضي ما أثبتنا

(٤) لفظ في أبي داود ١٠ ص ٤٣٢ « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا وما كان يوم إلا وهو يقف علينا جميعاً فيه يقرب من كل امرأة من من غير مسيس حتى يبلغ إلى القى هو يومها فيبيت عندها » (ف)

أحدهما : يجوز لحديث عائشه . والثانى : لا يجوز ، لأنه يحصل لها به السكن فأشبهه الجماع . فإن أطل المقام عندها ، قضاء ، وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ، ومذهب الشافعى على نحو ما ذكرنا ، إلا أنهم قالوا : لا يقضى إذا جامع في النهار .
ولنا . أنه زمن يقضيه إذا طال المقام ، فيقضيه إذا جامع فيه كالليل .

(فصل)

٥٦٥٢

والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن^(١) يأتيها فيه ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ، ولأنه أصون لمن وأستر ، حتى لا يخرجن من بيوتهن ، وإن اتخذ لنفسه منزلاً يستدعى إليه [فيه] كل واحدة منهن في ليلتها ويومها كان له ذلك ، لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء ، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها ، وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعى البعض كان له ذلك ؛ لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء ، وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه ، بأن يستدعى كل واحدة في ليلتها ، فملين طاعته ، إن كان ذلك سكنى مثلهن ، وإن لم يكن لم تلزمهن إجابته ، لأن عليهن في ذلك ضرراً ، وإن أطمعن لم يكن له أن يترك العدل بينهن ، ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس .

﴿مسألة﴾

٥٦٥٣

قال : ﴿ولو وطئ زوجته ولم يوطأ الأخرى فليس بمأص﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب مالك والشافعى ، وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ، ولا سبيل إلى التسوية بينهما في ذلك ، فإن قلبه قد يميل إلى أحدهما دون الأخرى . قال الله تعالى^(٢) « وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ » قال عبيدة السلماني : في الحب والجماع . وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع ، كان أحسن وأولى ، فإنه أبلغ في العدل ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ، ثم يقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلغني فيما لا أملك » وروى أنه كان يسوى بينهن حتى في القبل ، ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج ، من القبل واللس ونحوهما ، لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع ، ففي دواعيه أولى .

﴿مسألة﴾

٥٦٥٤

قال : ﴿ويقسم لزوجته الأمة ليلة ، وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية﴾

(٢) سورة النساء آية ١٢٨

(١) في المخطوطة ٢١ ٣١٨ سكن .

وبهذا قال على بن أبي طالب ، وسعيد بن المسيب ، ومسروق ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري ، والأوزاعي ، وأهل الرأي ، وقال مالك في إحدى الروايتين عنه : يسوى بين الحرة والأمة في القسم^(١) لأنهما سواء في حقوق النكاح ، من النفقة والسكنى ، وقسم الابتداء كذلك ههنا .

ولنا : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : « إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلمة وللحرة ليلتين^(٢) » رواه الدارقطني ، واحتج به أحد ، ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهاراً ، فكان حظها أكثر في الإيواء ، وبخالف النفقة والسكنى فإنه مقدر بالحاجة ، وحاجتها إلى ذلك كحاجة الحرة ، وأما قسم الابتداء ، فإنما شرع ليحول الاحتشام من كل واحد منهما من صاحبه ، ولا يختلفان في ذلك ، وفي مسائلنا يقسم لهما ليتساوى حظهما .

(فصل)

٥٦٥٥

والمسلمة والكتابية سواء في القسم ، فلو كان له امرأتان ، أمة مسلمة وحرة ، كتابية ، قسم للأمة ليلمة وللحرة ليلتين . وإن كانتا جميعاً حرتين فليلمة وإيلة . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء ، كذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن والشعبي ، والنخعي . والزهرى ، والحكم ، وحامد ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية ، فاستوت فيه المسلمة والكتابية ، كالنفقة والسكنى^(٣) ، ويفارق الأمة^(٤) ، لأن الأمة لا يتم تسليمها . ولا يحصل لها الإيواء التام بخلاف الكتابية .

(فصل)

٥٦٥٦

فإن اعتقت الأمة^(٥) في أثناء مدتها أضاف إلى ليلتها ليلمة أخرى ، لتساوى الحرة ، وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساوية ، ولم يقض لها ماضى ، لأن الحرة حصلت بعد استيفاء حقها ، وإن عتقت وقد قسم للحرة ليلمة لم يرد لها على ذلك ، لأنهما تساوية فيسوى بينهما .

(١) وبذلك قال داود أيضاً . انظر (التحقيق في مسائل الخلاف) لابن الجوزي ج ٢ ص ٢٧١ مخطوطة رقم ٢٣٩٤٨ ب دار الكتب المصرية .

(٢) ورواه ابن الجوزي عن علي رضي الله عنه « إذا تزوج الحرة على الأمة ، للأمة الثلث وللحرة الثلثان » . وروى من حجج المذهب عن سعيد بن المسيب (تنكح الحرة على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرة ويقسم بينهما الثلث للأمة والثلثان للحرة » انظر التحقيق ٢/٢٧١/٢٧٢ .

(٤) في المخطوطة ٣٩ : وبخالف الأمة .

(٣) في المخطوطة ٣٩ . كالنفقة وكالسكنى

(٥) في المخطوطة ٣٩ . فإن عتقت الأمة

٥٦٥٧

(فصل)

والحق في القسم للأمة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ، ولبعض ضرائرها ، كالحرمة ، وليس لسيدها الاعتراض عليها ، ولا أن يهبه دونها لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها ، فسلكت إسقاطه ، وذكر القاضى أن قياس قول أحمد : أنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها ، ألا تجوز هبتها لحقها^(١) من القسم إلا بإذنه ولا يصح هذا ، لأن الوطاء ، لا يتناولوا القسم ، فلم يكن للولى فيه حق ، ولأن المطالبة بالفيئة ، الأمة دون سيدها ، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها ، فلا وجه لإثبات الحق له ههنا .

٥٦٥٨

(فصل)

ولا قسم على الرجل في ملك يمينه ، فمن كان له نساء وإماء فله الدخول على الإمام كيف شاء ، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء ، وإن شاء أقل ، وإن شاء أكثر وإن شاء مساوى بين الإماماء ، وإن شاء فضل ، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض ، بدليل قول الله تعالى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تُمْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ »^(٢) . وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم مارية القبطية ، وريحانة ، فلم يكن يقسم لها ، ولأن الأمة لاحق لها في الاستمتاع ، ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد محبوبا أو عينا ، ولا تضرب لها مدة الإيلاء^(٣) ، لكن إن احتاجت إلى النكاح فعليه إعافاها ، إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها .

٥٦٥٩

(فصل)

ويقسم بين نسائه ليلة ليلة ، فإن أحب الزيادة على ذلك ، لم يحز إلا برضاهن ، وقال القاضى : له أن يقسم ليلتين ليلتين وثلاثا ثلاثا ، ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن ، والأولى مع هذا ليلة وليلة لأنه أقرب لمهدن به ، وتجاوز الثلاث ، لأنها في حد القالة ، فهي كالليلة ، وهذا مذهب الشافعى . ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة وليلة ، ولأن النسوة واجبة ، وإنما جُوزت البداية^(٤) بواحدة لتمذر الجمع فإذا بات عند واحدة ليلة تميزت الليلة الثانية حقا للأخرى فلم يحز جعلها للأولى بغير رضاها ولأنه تأخير لحقوق بعضهم فلم يحز بغير رضاها كالزيادة على الثلاث ، ولأنه إذا كان له أربع نسوة ، فجعل لكل واحدة ثلاثا ، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال ، وذلك كثير ، فلم يحز كما لو كان له امرأتان ، فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا ، ولأن للتأخير آفات ، فلا يجوز مع إمكان التمجيل بغير رضا المستحق ،

(١) هكذا في الأصول والمغنى : لأنه لا يجوز هبتها لحقها .

(٢) سورة النساء آية ٣

(٤) في المخطوطة ٣٩ : جوزنا البداية

(٣) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ ، مدة الإيلاء

كتأخير الدين الحال ، والتعدي بالثلاث . تحكم لا يسمع من غير دليل ، وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحالة وسائر الحقوق .

(فصل)

٥٦٦٠

فإن قسم لإحدهما ثم طلق الأخرى قبل قسمها أتم ، لأنه فوت حقها الواجب لها ، فإن عادت إليه برجمة أو نكاح قضى لها ، لأنه قدر على إيفاء حقها ، فلزمه كالمعسر إذا أسر بالدين ، فإن قسم لإحدهما ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه ، ومنعته من الاستمتاع بها ، أو قالت : لا تدخل على ، أو لا تبت عندي أو ادعت الطلاق ، سقط حقها من القسم . فإن عادت بعد ذلك إلى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض للناشر لأنها أسقطت حق نفسها ، وإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة ، لزمه أن يقيم عند الرابعة عشراً ، لتساويهن ، فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ، وأقام عند الاثنين ثلاثين ليلة ، ثم أطاعته الناشز وأراد القضاء للمظلومة ، فإنه يقسم لها ثلاثاً ، وللناشر ليلة خمسة أدوار ، فيكمل المظلومة خمس عشرة ليلة ، ويحصل للناشر خمس ، ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كانت له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم أراد أن يقضى للمظلومة فإنه يخص الجديدة بسمع إن كانت بكرًا ، وثلاث إن كانت ثيبًا لحي المقدّم يقسم بينهما وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثاً وواحدة للجديدة

(فصل)

٥٦٦١

فإن كان امرأتان في بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباحدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فإذا أن يمضى إلى الغائبة في أيامها وإما أن يقدمها إليه ويجمع بينهما في بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الإمكان سقط حقها لنشوزها ، وإن أحب القسم بينهما في بلديهما ولم يمكن أن يقسم ليلة وليلة ، فيجعل المدة بحسب ما يمكن ، كشهر وشهر ، أو أكثر أو أقل ، على حسب ما يمكنه ، وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما .

(فصل)

٥٦٦٢

ويجوز للمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها أو لبعض ضرائرها أو لهن جميعاً ، ولا يجوز إلا برضى الزوج لأنه حقه في الاستمتاع بها لا يسقط إلا برضاه^(١) فإذا رضيت هي والزوج جاز لأن الحق في ذلك لهما لا يخرج عنهما فإن أثبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لأن حق الزوج في الاستمتاع بها ثابت في كل وقت إنما منعه المزاحمة بحق صاحبها . فإذا زالت المزاحمة به ثبت حقه في الاستمتاع بها ، وإن كرهت كما

(١) في المخطوطة ٣٩ : إلا برضاها .

لو كانت منفردة . وقد ثبت « أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة » متفق عليه ، ويجوز ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها ، وروى ابن ماجه عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حبي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضى عنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومى؟^(١) فأخذت خماراً مصبوغاً بزعفران فرشته^(٢) ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إليك^(٣) باعائشة إنه ليس يومك » قالت : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء . فأخبرته بالأمر فرضى عنها « فإذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهما كالوطلاق الواهبة ، وإن وهبتها للزوج فله جمالها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جمعه للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن ، وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وإن وهبتها لواحدة (منهن)^(٤) كفعل سودة جاز ، ثم إن كانت تلك الليلة تلى ليلة الموهوبة وإلى بينهما ، وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضاء الباقيات ، ويجعلها لها في الوقت الذي كان للواهبة لأن الموهوبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ، ولأن في ذلك تأخير حق غيرها وتغييراً ليلتها بتغير رضاها فلم يجز . وكذلك الحكم إذا وهبتها للزوج فأكثر بها امرأة منهن بيمينها . وفيه وجه آخر أنه يجوز الموالاة بين الليلتين لادم الفائدة في التفريق . والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها . ومتى رجعت الواهبة في ليلتها فلها ذلك في المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى لأنه بمنزلة المقبوض ، ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها . فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقبض لها شيئاً لأن التفريط منها .

(فصل)

٥٦٦٣

فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلة بمال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده عليه وعليه أن يقضى لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها ، وإن كان عوضها غير المال مثل إرضاء زوجها أو غيره عنها جاز ، فإن عائشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره .

(١) في سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٠٨ زيادة « قالت : نعم » (ف)

(٢) في ابن ماجه « فرشته بالماء » (ف) .

(٣) في ابن ماجه « إليك عنى » أى تنحى عنى وابتدى (ف) .

(٤) ساقطة من المخطوطة : ٣٩

٥٦٦٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا سافرت زوجته بإذنه فلا نفقة لها ولا قسم وإن كان هو أشخصها فهي على حقها من ذلك ﴾
وجملة الأمر أنها إذا سافرت في حاجتها بإذن زوجها التجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق
لها حق في نفقة ولا قسم . هكذا ذكر الخرقى والقاضى ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجهان ، وللاشافى فيه
قولان . أحدهما : لا يسقط حقها لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه .

ولنا : أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تندر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو
تعذر ذلك قبل دخوله بها ، وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتمل أن يسقط القسم وجهاً
واحداً لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفرها كان أولى ويكون
في النفقة الوجهان . وفي هذا تنبيه على سقوطها إذا سافرت بغير إذنه ، فإنه إذا سقط حقها من ذلك لعدم التمكين
بأمر ليس فيه نشوز ولا معصية فلأن يسقط بالنشوز والمعصية أولى ، وهذا لا خلاف فيه نعلمه . فأما إن
أشخصها وهو أن يبعثها الحاجة^(١) أو يأمرها بالنقلة من بلدها ، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ، لأنها لم
تفوت عليه التمكين ، ولا فات من جهتها ، وإنما حصل بتفويقه ، فلم يسقط حقها ، كما لو أتلف المشتري المبيع
لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه ، فملى هذا يقضى لها بحسب ما أقام عند ضررتها . وإن سافرت معه
فهي على حقها منهما جميعاً .

٥٦٦٥

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا أراد سفرًا فلا يخرج منه منهن إلا بقرعة فإذا قدم ابتداء القسم بينهما ﴾
وجملته أن الزوج إذا أراد سفرًا فأحب حمل نسائه معه كلن أو تركهن كلن^(٢) لم يحتج إلى قرعة لأن
القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وهما قد سوى ، وإن أراد السفر ببعضهن لم يجوز له أن يسافر بها إلا
بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن مالك أن ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة
روت « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرًا أفرع بين نسائه وأيقن خرج مهمها خرج بها معه »
متفق عليه . ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلاً لها وميلاً إليها فلم يجوز بغير قرعة كالبداية
بها في القسم .

وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أفرع أيضاً فقد روت عائشة « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان
إذا خرج أفرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحنصة رواء البخارى ، ومتى سافر بأكثر من واحدة

(١) في المخطوطة ٣٩ : يبعثها لحاجة . (٢) في المخطوطة ٣٩ : أو تركه كلن .

سوى بينهن كما يسوى بينهن في الحصر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه ، وهذا معنى قول الخرق
فإذا قدم ابتداء القسم بينهن وهذا قول أكثر أهل العلم وحكى عن داود أنه يقضى لقول الله تعالى :
« فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ » .^(١)

ولنا : أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء
ما حصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لسكان
قد مال على المسافرة كل الميل ، لكن إن سافر بإحدها بنفي قرعة أتم وقضى للبواقي بعد سفره .
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك : لا يقضى . لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر
فيمتنع القضاء .

ولنا أنه خص بمضن بمدة على وجه تليق به الأهمية فيه فلزم القضاء كما لو كان حاضراً .

إذا ثبت هذا : فينبغي ألا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضى منها ما أقام معها^(٢) بميت ونحوه فأما زمان
السفر^(٣) فلم يحصل لها منه إلا الذمب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك ميتهما عندها واستمقاعا بها
لمال كل الميل .

(فصل)

٥٦٦٦

إذا خرجت القرعة لإحدها لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما
تعين من استحق التقديم وإن أراد السفر بغيرها لم يجز ، لأنها تعين بالقرعة فلم يجز العدول عنها إلى
غيرها . وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضى الزوج ، لأن الحق لها فصحت هبتها له كما لو
وهبت ليلتها في الحضر ، ولا يجوز بغير رضا الزوج لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر ، وإن وهبته للزوج
أو للجميع جاز ، وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضى الزوج ، وإن أبي فله إكراهها على
السفر معه لما ذكرنا ، وإن رضى بذلك استأنف القرعة بين البواقي ، وإن رضى الزوجات كلهن بسفر
واحدة معه من غير قرعة جاز ، لأن الحق لمن ، إلا ألا يرضى الزوج ويريد غير من
اتفق عليها فيصير إلى القرعة ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعدم الخبر
والمعنى . وذكر القاضي احتمالاً ثانياً أنه يقضى للبواقي في السفر القصير . لأنه في حكم الإقامة وهو وجه
لأصحاب الشافعي .

ولنا : أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ، ولو كان في حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحدها

(١) سورة النساء آية ١٢٩ . (٢) في المطبوعة : وإنما يقضى منهما ما أقام منها .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : فأما زمان السفر .

دون الأخرى ، كما لا يجوز لإفراد إحداهن بالقسم دون الأخرى ، ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له فأبعد السفر ، نحو أن يسافر إلى بيت المقدس ثم يبدو له فيمضي إلى مصر ، فله استصحابها معه ، لأنه سفر واحد قد أقرع له ، وإن أقام في بلدة مدة إحدى وعشرين صلاة فها دون لم يحتسب عليه بها لأنه في حكم السفر تجرى عليه أحكامه . وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج عن حكم السفر وإن أزمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل ، لأنه خرج عن حكم السفر ، ثم إذا خرج بعد ذلك إلى بلدته أو بلدة أخرى فله المسافرة لأنه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له .

(فصل)

٥٦٦٧

وإذا أراد الانتقال بنسائه إلى بلد آخر فأمكنه استصحابهن كلهن في سفره فعمل ولم يكن له إفراد إحداهن به . لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن . فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر . فإن لم يمكنه صحبة جميعهن أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعاً مع غيره ممن هو محرم^(١) لمن جاز ، ولا يقضى لأحد ولا يحتاج إلى قرعة ، لأنه سوى يذنبهن ، وإن أراد إفراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة ، فإذا وصل إلى البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه فيه قضى للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لأنه صار مقيماً وانقطع حكم السفر عنه .

(فصل)

٥٦٦٨

إذا كانت امرأة فتزوج أخرى ، وأراد السفر بهما جميعاً . قسم للجديدة سهماً إن كانت بكرًا ، وثلاثاً إن كانت ثيباً ، ثم يقسم بعد ذلك بينهما وبين القديمة . وإن أراد السفر بإحدهما أفرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الجديدة سافر بها معه ، ودخل حق العقد في قسم السفر ، لأنه نوع قسم . وإن وقعت القرعة للأخرى سافر بها . فإن حضر^(٢) قضى للجديدة حق العقد ، لأنه سافر بعد وجوبه عليه . وإن تزوج اثنتين وعزم على السفر أفرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر ، فإذا قدم قضى للثانية حق العقد في أحد الوجهين ، لأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بأخرى معه . والثاني : لا يقضيه ، لثلاث يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها ، لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلاً فيتعذر قضاؤه ، فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقض فيها حق عقد الأولى أتمه في الحضر وقضى للحاضرة مثله وجهاً واحداً وفيما زاد الوجهان .

ويحتمل في المسألة الأولى وجهاً ثالثاً ، وهو أن يستأنف قضاء حق العقد لكن واحدة منهما ، ولا يحتسب

(١) في المخطوطة ٣٩ : مع من هو محرم . (٢) في المخطوط ٣٩ : فإذا حضر .

على المسافرة بمدة سفرها كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد ، وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

﴿ مسألة ﴾

٥٦٦٩

قال : ﴿ وإذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعمائة ثم دار ولا يحتسب عليها بما أقام عندها وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ثم دار ولا يحتسب عليها أيضاً بما أقام عندها ﴾

مضى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعمائة إن كانت بكراً ولا يقضيها للباقيات ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً ولا يقضيها إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعمائة فإنه يقيمها عندها ويقضى الجميع للباقيات . روى ذلك عن أنس ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر . وروى عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وخلاس بن عمرو ، ونافع مولى ابن عمر : للبكر ثلاث ، وللثيب ليلتان . ونحوه قال الأوزاعي ، وقال الحكم وحامد وأصحاب الرأي^(١) : لا فضل للجديدة في القسم ، فإن أقام عندها شيئاً قضاء للباقيات ، لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعمائة .

ولنا : ما روى أبو قلابة عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعمائة ، [وقسم] وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً ثم قسم » ، قال أبو قلابة : لو شئت لقلت إن أنسا رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه^(٢) ، وعن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثاً وقال « ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت للنسائي » رواه مسلم ، وفي لفظ « وإن شئت ثلثت ثم درت » وفي لفظ « وإن شئت زدتك »^(٣) ثم حاسبتك به للبكر سبع وللثيب ثلاث « وفي لفظ رواه الدارقطني « إن شئت أقت عندك ثلاثاً خالصة لك ، وإن شئت سبعت لك ثم سبعت للنسائي » وهذا يمنع قياسهم ويقدم عليه ، قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفنا حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة^(٤) .

(فصل)

٥٦٧٠

والأمة والحرة في هذا سواء ، ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه أحدها : كقولنا . والثاني : الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم . والثالث : للبكر من الإمام أربع وللثيب ليلتان - كما لا لبعض الليلة .

(١) وبه قال داود أيضاً . انظر (التحقيق لابن الجوزي ٢/٢٧٢ مخطوطة) (٢) أخرجه الستة عن أنس .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : وإن شئت زادت

(٤) في المطبوعة : بالسنة

ولنا : عموم قوله عليه السلام « للبكر سبع ولثيب ثلاث » ولأنه يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء في الحاجة إليه فاستويا فيه كالنقطة .

(فصل)

٥٦٧١

يسكره أن يزف إليه امرأتان في ليلة واحدة ، أو في مدة حق عقد إحداهما ، لأنه لا يمكنه أن يوفيهما حقهما ، وتستنصر التي لا يوفيهما حقها وتستوحش ، فإن فعل فأدخلت إحداهما قبل الأخرى بدأ بها فوفاهما حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتداء القسم . وإن زفت الثانية في أثناء مدة حق العقد آتية الأولى ، ثم قضى حق الثانية . وإن أدخلتا عليه جميعاً في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ، ثم وفي الأخرى بعدها .

(فصل)

٥٦٧٢

وإذا كانت عنده امرأتان فبات عند إحداهما ليلة ، ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد ، لأنه ثبت بالعقد ، وحق الثانية ثبت بفعله . فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاهما ليلتهما ثم يبيت عند الجديدة ثم يبتدىء القسم . وذكر القاضي^(١) : أنه إذا وفي الثانية ليلتهما بات عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدىء القسم . لأن الليلة التي يوفيهما للثانية نصفها من حقها ونصفها من حق الأخرى ، فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة يلزم ما حصل لسكل واحدة من ضربتها ، وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج ، فإنه ربما لا يجد مكاناً ينفرد فيه ، أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة أو الحجيء منه ، وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء بحقها^(٢) بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله .

(فصل)

٥٦٧٣

وحكم السبعة والثلاثة^(٣) التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر في أن عماده الليل ، وله الخروج نهاراً لمعاشه وقضاء حقوق الناس ، وإن تعذر عليه المقام عندها ليلاً لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاء لها وله الخروج لصلاة الجماعة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن يترك الجماعة لذلك ويخرج لما لا بد له منه . فإن أطال قضاء ، وإن كان يسيراً فلا قضاء عليه .

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : وقال القاضي

(٢) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ وفاء لحقها

(٣) في المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : وحكم السبعة واللييلة

٥٦٧٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا ظهر منها ما يخاف منه نشوزها وعظها ، فإن أظهرت نشوزاً هجرها فإن أردعها وإلا فله أن يضربها ضرباً لا يكون مبرحاً ﴾

معنى النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع ، فكأنها ارتفعت وتمالت عما أوجب الله عليها من طاعته ، فتى ظهرت منها أمارات النشوز مثل أن تتناقل وتدافع إذا دعاها ، ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة . فإنه يعظها فيخوفها الله ^(١) سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة ، وما يلحقها من الإثم بالخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من حقوقها من النفقة والكسوة وما يباح له من ضربها وهجرها لقول الله تعالى « وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ » ^(٢) (وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ) ^(٣) فإن أظهرت النشوز ، وهى أن تعصيه وتمنع من فراشه أو تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها في المضجع لقول الله تعالى « وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ » قال ابن عباس : لا تضاجعها في فراشك . فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام » وظاهر كلام الخرق أنه ليس له ضربها في النشوز في أول مرة . وقد روى عن أحمد : إذا عصت المرأة زوجها فله ضربها ضرباً غير مبرح . فظاهر هذا إباحة ضربها بأول مرة لقول الله تعالى « وَاضْرِبُوهُنَّ » ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات العاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ، ووجه قول الخرق المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم عليه في منزله فأراد إخراجه . وأما قوله (واللاتي تخافون نشوزهن) « الآية ففيها إضمار تقديره : واللاتي تخافون نشوزهن ^(٤) » فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضجع فإن أصررن فاضربوهن كما قال سبحانه « لِأَمَّا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ » ^(٥) ، والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره ، وللشافعي قولان كهذين فإن لم ترتدع بالوعظ والهجر فله ضربها لقوله تعالى (واضربوهن) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح » رواه مسلم معنى غير مبرح أى ليس بالشديد . قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضرباً غير مبرح قال غير شديد ، وعليه أن يحتجب الوجه والمواضع المخوفة لأن المقصود

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويخوفها الله . (٢) سورة النساء آية ٣٤

(٤) سورة النساء ٣٤ (٥) ما بين الحاصرين ساقط من المخطوطة ٣٩ .

التأديب لا الإتيلاف ، وقد روى أبو داود عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال : قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال « أن يطعمها^(١) إذا طعمت ، ويكسوها إذا اكتست ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت » وروى عبد الله بن زمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجلد أحد^(٢) فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله » متفق عليه .

(فصل)

٥٦٧٥

وله تأديبها على ترك فرائض الله . وسأل اسماعيل بن سعيد أحمد عما يجوز ضرب المرأة عليه قال على [ترك] فرائض الله ، وقال في الرجل له امرأة لا تصلى يضربها ضرباً رقيقاً غير مبرح ، وقال على رضى الله في تفسير قوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم نارا » قال علوم أديبهم ، وروى أبو محمد الخلال بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله عبداً علق في بيته سوطاً يؤدب أهله » فإن لم تصل فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلى ولا تغتسل من جنابة ولا تعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم ضربتها ، والأصل في هذا ما روى لأشعث عن عمر أنه قال « يا أشعث احفظ عني شيئاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسأن رجلاً أفيم ضرب امرأته^(٣) » رواه أبو داود ، ولأنه قد يضربها لأجل الفراش ، فان أخبر بذلك استحيا ، وإن أخبر بنيره كذب .

(فصل)

٥٦٧٦

وإذا خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها لرغبته عنها إما لمرض بها أو كبير أو دمامة^(٤) فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها تسترضيه بذلك لقول الله تعالى « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صالحاً » روى البخاري عن عائشة (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا)^(٥) قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة على والقسمة لي

وعن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت : يا رسول الله يومئذ لعائشة قبل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ، قالت في ذلك أنزل الله جل

(١) في سنن أبي داود ج ١ ص ٩٤٤ « أن نطعمها إذا طعمت ونكسوها إذا اكتست . . ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت » (ف) (٢) في المخطوطة ٣٩ : لا يجلد أحدكم (ع) في المخطوطة ٣٩ : ١٨ أوزمانه .

(٣) ذكره بالمعنى ونصه في صحيح البخاري ج ٦ ص ٦٢ (ف)

(٥) في المخطوطة ٣٩ : يصالحا : وهي قراءة ورش وقالون عن نافع .

نفاؤه وفي أشباهها أراه قال (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) رواه أبو داود ، ومتى صالحته على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك ، قال أحمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شامت رجعت .

﴿ مسألة ﴾

٥٦٧٧

قال : ﴿ والزوجان إذا وقعت بينهما العداوة وخشى عليهما أن يخرجهما ذلك إلى العصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها مأمورين برضا الزوجين وتوكيلهما بأن يجعلا إذا رأيا^(١) ويفرقا فافعلوا ذلك لزمهما ﴾

وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن بان له أنه من المرأة فهو نشوز قد مضى حكمه ، وإن بان أنه من الرجل أسكنهما إلى جانب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتمدى عليهما . وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد أو ادعى (كل واحد منهما)^(٢) أن الآخر ظلمه أسكنهما إلى جانب من يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف ، فإن لم يتسماً ذلك وتمادى الشر بينهما وخيف الشقاق عليهما والعصيان بعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها فنظرا بينهما ، وفعل ما يريان المصلحة فيه من جمع أو تفريق لقول الله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » . واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنها وكيلان لهما لا يملكان التفريق لهما إلا بإذنها ، وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي ، وحكى ذلك عن الحسن ، وأبى حنيفة ، لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلا يجوز إغيهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما والثانية : أنها حاكان ولما أن يفعل ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاها . وروى نحو ذلك عن علي ، وابن عباس ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والشمعي ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وابن المنذر لقول الله تعالى « فَاَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا » فسميها حكيمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال (إن يريدوا إصلاحاً) فخطب الحكمين بذلك .

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني أن رجلاً وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فقام^(٣) من الناس ، فقال علي رضي الله عنه : ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، فابعثوا حكيمين ، ثم قال علي للحكيمين : هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق . إن رأيتما أن تجعلا جمعاً ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقما

(٢) ما بين الحاصرين شاقط من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٤) فقام : جماعة من الناس .

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ إن رأيا

(٣) سورة النساء : آية ٣٥

فقال المرأة: رضيت بكتاب الله عَلَى وَلِيٍّ فقال الرجل: أما القرعة، فقال على: كذبت حتى ترضى بما رضيت به. وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك، ويروى أن عقيلاً تزوج فاطمة بنت عتبة فتخاصما، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان، فبعث حكماً من أهله عبد الله بن عباس، وحكما من أهلها معاوية، فقال ابن عباس: لأفرق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطاحا:

ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع.

إذا ثبت هذا فإن الحكمين لا يكونان إلا عاقلين، بالغين، عدلين، مسلمين، لأن هذه من شروط العدالة، سواء قلنا: ما حاكنا أو وكيلان، لأن الوكيل إذا كان متعلقاً بنظر الحاكم لم يجوز أن يكون إلا عدلاً كما لو نصب وكيلاً لصبي أو مفلس. ويكونان ذكرين لأنه مقتضى الرأى والنظر. قال القاضى: ويشترط كونها حرين وهو مذهب الشافعى لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة. والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعبر الحرية، لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً ويعتبر أن يكونا عاقلين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر عليهما به والأولى أن يكونا من أهلها لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال. فإن كانا من غير أهلها جاز لأن القرائة ليست بشرطاً في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً: فإن قلنا هما وكيلان فلا يفعلان شيئاً حتى يأذن الرجل لوكيله^(١) فيما يراه من طلاق أو صلح وتأذن المرأة لوكيلها^(٢) في الخلع والصلح على ما يراه فإن امتنعاً من التوكيل لم يجبر وإن قلنا إنها حكمان فإنها يعضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ ذلك عليهما رضيها أو أبيها.

(فصل)

٥٦٦٧

فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بيعت حكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبه وإن قلنا إنهما حاكمان لم يجوز لهما إمضاء الحكم، لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته. وإن جن أحدهما بطل حكم ووكيله لأن الوكالة تبطل

(١) في ٣٩: أو وكيله. (٢) في ٣٩: أو وكيلها.

بجنون الموكل وإن كان حاكماً لم يجز له الحكم لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

٥٦٦٨

(فصل)

فإن شرط الحكمان شرطاً أو شرطه الزوجان لم يلزم . مثل أن يشترط ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضى الموكلين فبرضى الوكيلين أولى . وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع - وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل لم تبرأ الزوجة لأنها وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لا في إسقاط الحقوق .

كتاب الخلع^(١)

مسألة

٥٦٦٩

قال ﴿ والمرأة إذا كانت مبغضة للرجل وتكره أن تمنعه ما تكون عاصية بمنعه فلا بأس أن تفقدى نفسها منه ﴾

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها خلعه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخلعه بمحض تفقدي به نفسها منه لقول الله تعالى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ^(٢) » . وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل ^(٣) عند بابه في الغلس ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ماشأئك ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت لزوجها . فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر » وقالت حبيبة : يا رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس : « خذ منها » فأخذ منها ، وجلست في أهلها . وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك وأحمد ، وغيرهما . وفي رواية البخاري قال جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ، ما أنقم على ثابت في ديني .

(١) العنوان ساقط من المخطوطات التي بين أيدينا .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) حديث المختلعة (زوجة ثابت) رواه ابن عباس وأخرجه البخاري ج ٧ ص ٦٠ . ٦١ والنسائي ج ٦ ص ١٦٩ وابن ماجه ج ١ ص ٦٣٣ ، وروته عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبة بنت سهل ، وعن عائشة كما في أبي داود ج ١ ص ٥١٦ وروته الربيع بنت معوذ كما في النسائي ص ١٨٦ وابن ماجه ص ٦٣٤ ورواه عبد الله بن عمرو بن العاص كما في ابن ماجه ، ورواه سهل بن أبي حثمة كما في مسند أحمد ج ٤ ص ٣ ورواه أنس كما في البزار ، انظر مجمع الزوائد ج ٥ ص ٥ ورواه ابو الزبير مرسلًا كما في الدارقطني ص ٣٩٧ وقد اختلف في اسمها على أقوال (أ) جميلة أخت عبد الله بن أبي كما في البخاري ورواية لدى ابن ماجه والنسائي (ب) حبيبة بنت سهل عند أبي داود وأحمد ومالك ورواية أخرى لدى النسائي وابن ماجه (ج) مريم الغالية كما في رواية لدى النسائي وابن ماجه (د) زينب بنت عبد الله بن أبي بن سلول كما في الدارقطني ويرى الحافظ تعدد القصة وسبب اختلاعها قيل دمايته ففي رواية ابن ماجه « وكان رجلا دميًا فقالت يا رسول الله والله لولا مخافة الله إذا دخل على لبصقت في وجهه » وعند عبد الرزاق « قالت : يا رسول الله بي من الجمال ما ترى وثابت رجل دميم » وفي رواية معتمر بن سليمان . . (إني رفعت جانب الحياء رأيت أنه أقبل في عدة فإذا هو أشدهم سوادًا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجهًا) فتح الباري ج ٩ ص ٣٢٩ وقيل : سببه أنه ضربها فكسر بعضها كما في رواية أبي داود أو كسر يدها كما في رواية النسائي (ف) .

ولا خُلُق ، إلا أنى أخاف الكفر . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتردن عليه حديثه ؟ » فقالت : نعم : فردتها عليه ، وأمره فقارقتها . وفى رواية فقال له : « إقبل الحديثه وطلقها تطليقة » . وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام .

قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحداً خالفه إلا بكر بن عبد الله المزنى فإنه لم يُجِزه ، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه « وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ »^(١) الآية وروى عن ابن سيرين وأبى قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلاً لقول الله تعالى : « ولا تمضوهن » لتذهبوا ببعض ما آتينكمهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة »^(٢) .

ولنا : الآية التى تلونهاها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة ولم نعرف لهم فى عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً ، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تمذر الجمع وأن الآية الفاسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك .

إذا ثبت هذا فإن هذا يسمى خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى : « هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لهنَّ »^(٣) ويسمى افتداء لأنها تفتدى نفسها بمال تبذله قال الله تعالى : « فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ »^(٤)

(فصل)

٥٦٧٠

ولا يفتقر الخلع إلى حاكم^(١) . نص عليه أحمد فقال يجوز الخلع دون السلطان ، وروى البخارى ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما ، وبه قال شريح والزهرى . ومالك والشافعى وإسحاق وأهل رأى وعن الحسن وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان .

ولنا : قول عمر وعثمان ولأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح ، ولأنه قطع عقد بالتراضى أشبه الإقالة .

(فصل)

٥٦٧١

ولا بأس بالخلع فى الحيض والطهر الذى أصابها فيه . لأن المنع من الطلاق فى الحيض من أجل الضرر الذى يلحقها بطول العدة ، والخلع لإزالة الضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه ، وذلك أعظم من ضرر طول العدة ، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما ، ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم

(٢) سورة النساء آية ١٩ .

(١) سورة النساء آية ٢٠ .

(٤) سورة البقرة آية ٢٢٩

(٣) سورة البقرة آية ١٨٧

(٥) فى المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ . إلى الحاكم

المختلعة عن حالها ، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه .

﴿ مسألة ﴾

٥٦٧٢

قال ﴿ ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه ﴾

هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق ، وأنها إذا تراضيا على الخلع بشيء صَح ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن عثمان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وعكرمة ، ومجاهد ، وقبيصة بن ذؤيب ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ويروى عن ابن عباس ، وابن عمر : أنهما قالوا لو اختلفت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا ، وقال عطاء ، وطاوس ، والزهرى ، وعروة بن شعيب : لا يأخذ أكثر مما أعطاه ، وروى ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر قال : فإن فعل رد الزيادة . وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ، ولكن ليدع لها شيئا . واحتجوا بما روى أن جميلة بنت سلول أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، لا أطيعه بفضا ، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم « أتريدن عليه حديثه ؟ » قالت : نعم ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد . رواه ابن ماجه . ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم يزد على قدره في ابتداء العقد كالموض في الإقالة .

ولنا قول الله تعالى : « فلا جناحَ عليهما فيما افتدت به » ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ : اختلفت من زوجي بما دون عقاص رأسي ، فأجاز ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه . ومثل هذا يشتهر فلم ينكر فيه كون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه - فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاه - وبذلك قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشمسي ، والحكم ، وحماد ، وإسحاق ، وأبو عبيد . فإن فعل جازم الكراهة ، ولم يكرهه أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق .

ولنا : حديث جميلة . وروى عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاه . رواه أبو حفص بإسناد^(١) وهو صريح في الحكم ، فنجمع بين الآية والخبر فنقول : الآية دالة على الجواز ، والنهي عن الزيادة للكرهية ، والله أعلم .

(١) رواه الدارقطني عن أبي بكر الشافعي عن بسر بن موسى عن الحميدي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاه » انظر (التحقيق لابن الجوزي) ٢ / ٢٧٤ ص

٥٦٧٣

﴿ مسألة ﴾

قال (ولو خالعه لغير ما ذكرنا كره لما ذلك ووقع الخلع)

في بعض الذسخ بغير ما ذكرنا بالبلاء فيحتمل أنه أراد بأكثر من صداقها وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبل هذه ، والظاهر أنه أراد إذا خالعه لغير بغض وخشية من ألا تقيم حدود الله ، لأنه لو أراد الأول لقال : كره له^(١) ، فلما قال : كره لها ، دل على أنه أراد مخالعتها والخلع عامرة ، والأخلاق ملتزمة ، فإنه يكره لما ذلك ، فإن فعلت صح الخلع في قول أكثر أهل العلم ، منهم : أبو حنيفة ، والثوري ، ومالك ، والأوزاعي والشافعي . ويحتمل كلام أحمد تحريمه ، فإنه قال : الخلع مثل حديث سهلة ، تكره الرجل فتعطيه المهر ، فهذا [هو] الخلع ، وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحاً إلا في هذه الحال^(٢) ، وهذا قول ابن المنذر ، وداود . وقال ابن المنذر ، وروى معنى ذلك عن ابن عباس ، وكثير من أهل العلم . وذلك لأن الله تعالى قال : « ولا يحل لکم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يبقيا حدود الله فإن خفتم ألا يبقيا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فدل بمهمومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ، ثم غلط بالوعيد فقال : « تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَمْتَدُّوَهَا وَهِيَ بَیْنُ يَدَيْكَ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ »^(٣) . وروى ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » رواه أبو داود . وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « المختلعات والمنزعات هن المنافقات »^(٤) . رواه أبو حفص ، ورواه أحمد في المسند ، وذكره محتجاً به ، وهذا يدل على تحريم المخالعة لتفسير حاجة ، ولأنه إضرار بها وبزوجها ، وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة ، فحرم لقوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

واحتج من أجاز به بقول الله سبحانه : « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »^(٥) .

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٢٠ يكره لها . (٢) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ إلا في هذه الحالة .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ .

(٤) أخرجه الترمذي ، عن ثوبان وقال : هذا حديث غريب وليس إسناده بالقوى ج ٥ ص ١٦٢ ، (ف) وأخرجه النسائي عن أبي هريرة وقال : قال الحسن لم أسمعه من غير أبي هريرة ، وقال أبو عبد الرحمن : الحسن لم يسمع من أبي هريرة شيئاً ، ج ٦ ص ١٦٨ بشرحه ، وأخرجه الطبراني عن عتبة بن عامر كما في مجمع الزوائد ج ٦ ص ٥ وفيه قيس بن الربيع وثقة الثوري وشعبة وفيه ضعف وبقية رحاله رجال الصحيح .

(٥) سورة النساء آية ٤ .

قال ابن المنذر : لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة ، بدليل الربا حرمه الله في العقد ، وأباحه في الهبة . والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمه على عموم آية الجواز ، مع ما عضدها من الأخبار والله أعلم .

(فصل)

٥٦٧٤

فأما إن عَصَلَ زوجته وضارها بالضرب والتضييق عليها ، أو منعهما حقوقها من النفقة والقسم ومحو ذلك لتفتدي نفسها منه ^(١) ففعلت ، فالخلع باطل ، والعوض مردود ، روى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والقاسم بن محمد ، وعروة ، وعمرو بن شعيب ، وهشام بن عبد الرحمن ، والزهرى . وبه قال مالك ، والنورى ، وقتادة ، والشافعى ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : العقد صحيح ، والعوض لازم ، وهو آثم عاص .

ولنا قول الله تعالى « ولا يحل لکم أن تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً إلا أن یخافا ألا یبقیا حدود الله » ^(٢) وقال الله تعالى : « لا یحل لکم أن ترثوا النساء کرهاً ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتیتموهن » ^(٣) ولأنه عوض أكرهن على بذله بغير حق فلم يستحق كالتمن في البيع والأجر في الإجارة ، وإذا لم يملك العوض قلنا الخلع طلاق ، وقع الطلاق بغير عوض ، فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها ^(٤) ، لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض ، فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة ، وإن قلنا هو فسخ ، ولم ينو به الطلاق لم يقع [به] شيء ، لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروایتین ، وعلى الرواية الأخرى إنما رضى بالفسخ ههنا بالعوض ، فإذا لم يحصل له العوض لا يحصل العوض . وقال مالك : إن أخذ منها شيئاً على هذا الوجه رده إليها ، ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض .

(فصل)

٥٦٧٥

فأما إن ضربها على نشوزها ومنعهما حقها لم يحرم خلعها لذلك ، لأن ذلك لا يمنعهما ألا يخافا ألا يبقيا حديد الله ، وفي بعض حديث حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فسكر ضلعها ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فدعى النبي صلى الله عليه وسلم ثابتاً فقال : « خذ بعض مالها وفارقها ففعل » . رواه أبو داود ، وهكذا لو ضربها ظمأ لسوء خلقه أو غيره ، لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها ، لم يحرم عليه خلعها ، لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض ما آتاها ولكن عليه إثم الظلم .

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ٢٠ : لتفتدي منه نفسها .

(٢) سورة البقرة ٢٢٩ . (٣) النساء آية ١٩ . (٤) في المخطوطة ٣٩ . فله مراجعتها .

(٥) ساقطة من المخطوطة ٢٠ .

(فصل)

٥٦٧٦

فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدى نفسها منه ، ففعلت ، صح الخلع ، لقول الله تعالى (ولا تمضوا بهم)^(١) لتهذبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) والاستثناء من النهى لإباحة ، ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره ، وتفسد فراشه ، فلا تقيم حدود الله في حقه ، فتدخل في قول الله تعالى : « فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وهذا أحد قولى الشافعى ، والقول الآخر : لا يصح ، لأنه عوض أكرهت عليه ، أشبه ما لو لم تزن ، والنص أولى .

(فصل)

٥٦٧٧

إذا خلع زوجته أو بارأها بمعرض ، فإيهما يتراجمان بما بينهما من الحقوق ، فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر^(٢) ، وإن كانت قبضته كله ردت نصفه ، وإن كانت مفوضة فلها المتعة ، وهذا قول عطاء ، والزهرى ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر وأما الديون التى ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان . ولا تسقط النفقة فى المستقبل لأنها ما وجبت بعد .

ولنا أن المهر حق لا يسقط بالخلع إذا كان بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ الخلع والمبارأة كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملاً ، ولأن نصف المهر الذى يصير له لم يجب له قبل الخلع فلم يسقط بالمبارأة كنفقة العدة ، والنصف لها لا يبرأ منه بقولها بارأتك لأن ذلك يقتضى براءتها من حقوقه لإبراءته من حقوقها .

﴿ مسألة ﴾

٥٦٧٨

قال ﴿ والخلع فسخ فى إحدى الروايتين ، والأخرى أنه تطليقة بائنة ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد فى الخلع ، فى إحدى الروايتين : أنه فسخ ، وهذا اختيار أبى بكر ، وقول ابن عباس ، وطاوس ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبى ثور . وأحد قولى الشافعى .

والرواية الثانية : أنه طلاق بائنة ، روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، وعطاء ، وقبيصة ، وشريح ، ومجاهد ، وأبى سلمة بن عبد الرحمن ، والذخوى ، والشعبى ، والزهرى ، ومكحول ، وابن أبى نجيح ، ومالك ، والأوزاعى ، والثورى ، وأصحاب الرأى . وقد روى عن عثمان ، وعلى ، وابن مسعود ، لكن ضعف أحمد الحديث عنهم وقال : ليس فى الباب شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ ، واحتج ابن عباس بقوله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ »^(٣) ثم قال (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ثم قال : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(٤) فذكر تطليقتين ، والخلع ، وتطليقة بعدها ، فلو

(٢) البقرة . ٢٢٩ .

(١) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ . نصف مهرها .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ ، ٢٣٠ .

كان الخلع طلاقاً لكاتب أربعاً ، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته ، فكانت فسحاً كسائر الفسوخ .

ووجه الثانية : أنها بذات الموضع للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقاً ، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها ، فكان طلاقاً كغير الخلع .

وفائدة الرويتين : أنا إذا قلنا هو طلاق نخلعها مرة حسبت طلاقاً ، فينقص بها عدد طلاقه ، وإن خالعها ثلاثاً طلقت ثلاثاً فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، وإن قلنا : هو فسح لم تحرم عليه ، وإن خالعها مائة مرة ، وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظ الطلاق ولم ينو ، فأما إن بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه ، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنيات الطلاق ، أو لفظ الخلع والمفاداة ، ونحوهما ، ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضاً ، لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقاً ، كما لو كان بغير عوض ، فإن لم ينو به الطلاق فهو الذي فيه الروايتان والله أعلم .

(فصل)

٥٦٧٩

وألفاظ الخلع تنقسم إلى : صريح ، وكناية . فالصريح ثلاثة ألفاظ : خالعتك ، لأنه ثبت له العرف . والمفاداة ، لأنه ورد به القرآن . بقوله سبحانه « فلا جناح عليهما فيما افترضت به » وفسخت نكاحك ، لأنه حقيقة فيه . فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية ، وما عدا هذه مثل : بارأئك ، وأبرأتك ، وأبذنتك ، فهو كناية ، لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق ، وهذا قول الشافعي ، إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين ، فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفه إليه فأغنى عن النية فيه ، وإن لم يكن دلالة حال فأنى بصريح الخلع وقع من غير نية ، سواء قلنا هو فسح أو طلاق ، ولا يقع بالكناية إلا بذية ممن تلفظ به منهما ككنيات الطلاق مع صريحه والله أعلم .

(فصل)

٥٦٨٠

ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال^(١) وقبوله من غير لفظ الزوج قال القاضي : هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون ، وقد أوماً إليه أحمد ، وذهب أبو حفص العكبري ، وابن شهاب ، إلى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض ، وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبري ، واعترض عليه أبو الحسن بن هرمز ، واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب : الختامة على وجهين : مستبرئة ، ومفتدية ، فالمفتدية هي التي تقول

(١) في المخطوطة ١٨ . يبذل المال .

لا أنا ولا أنت ، ولا أبر لك قسما ، وأنا أفندي نفسى منك ، فإذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح ، لأن إسحاق بن منصور روى ^(١) قال : قلت لأحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهي فرقة ، وقال إبراهيم النخعي : أخذ المال تطليقة بائنة ، ونحو ذلك عن الحسن ، وعن علي رضي الله عنه من قِيلَ مالا على فراق فهي تطليقه بائنة لارجعة له فيها . واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم لجميلة «أتريدين عليه حديقته؟» قالت : نعم ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : «خذ ما أعطيتها ولا تزد ، ولم يستدع منه لفظا» ولأن دلالة الحال تفنى عن اللفظ بدليل مالو دفع ثوبه إلى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاء استحقا الأجرة وإن لم يشترطا عوضا .

ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون اللفظ ^(٢) كما لو سأله أن يطلقها بعوض ، ولأنه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ، ولأن أخذ المال قبض لعوض فلم يقم بمجرده مقام الإيجاب كقبض أحد الموضين في البيع ، ولأن الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون صريحه أو كنايةه وإن كان فسحا فهو أحد طرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد . وأما حديث جميلة فقد رواه البخاري «إقبل الحديقة ، وطلقها تطليقة» . وهذا صريح في اعتبار اللفظ ، وفي رواية فأمره ففارقها ومن لم يذكر الفرقة وإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة وبطل على ذلك أنه قال ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقال «خذ ما أعطيتها» فجعل التفريق قبل العوض ، ونسب التفريق إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق ، فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ، ولعل الراوى استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ ، لأنه معلوم منه . وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة حال ولا بد منه اتفاقا .

﴿مسألة﴾

٥٦٨١

قال ﴿ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به﴾

وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال . وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعسكرة وجابر بن زيد والحسن والشعبي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور ؛ وحكى عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل . وهو أن يقول : كل امرأة لي طالق ، وروى نحو ذلك عن سعيد بن

(١) في الشرح الكبير ج ٨ ص ١٨٦ (لأن إسحاق بن منصور روى عن أحمد قال) .

(٢) في المخطوطة ١٨ بدون لفظه .

المسيب ، وشريح ، وطاوس ، والنخعي ، والزهرى ، والحكم ، وحامد ، والثوري ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « المختلعة يلحقها الطلاق مادامت في العدة » .

ولنا : أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا نعرف لهما مخالفاً في عصرهما ، ولأنها لا تحمل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول أو المنقضية عدتها ، ولأنه لا يملك بضمها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية^(١) فلم يلحقها الصريح المعين كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول : فلانة طالق وحديثهم لا نعرف له أصلاً ولا ذكره أصحاب السنن .

(فصل)

٥٦٨٢

ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن ، وعطاء ، وطاوس ، والنخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وحكى عن الزهرى وسعيد ابن المسيب أنهما قالوا الزوج بالخيار بين إمساك الموضع ولا رجعة له ، وبين رده وله الرجعة . وقال أبو ثور : إن كان الخلع بلفظ الطلاق فله الرجعة . لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالموضع كالولاء مع العتيق . ولنا : قوله سبحانه وتعالى (فيما افتردت به)^(٢) وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لفساد الضرر . وفارق الولاء ، فإن العتيق لا ينفك منه ، والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد .

(فصل)

٥٦٨٣

فإن شرط في الخلع أن له الرجعة ، فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع ، وهو قول أبي حنيفة ، وإحدى الروايتين عن مالك ، لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً^(٣) . فلا يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح ، ولأنه لفظ يقتضي اليمينونة ، فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث ، ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة ، وهو منصوح الشافعي ، لأن شرط العوض والرجعة متنافيان ، فإذا شرطاهما سقطا ، وبقي مجرد الطلاق ، فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ، ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله ، كما لو شرط ألا يتصرف في المبيع ، وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي : يسقط المسمى في العوض ، لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب النقصان الذي نقصه من أجله إليه فيصير مجهولاً

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : ولا طلاق الكناية . (١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

(٢) في ٣٩ ، ١٨ : بعوض فاسد . وفي ٢٠ بفساد عوضه .

فيستقط ويحبب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى لأنهما تراضيا به عوضاً فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة .

٥٦٨٤

(فصل)

فإن شرط الخيار لها أو له يوماً أو أكثر وقبلت المرأة صح الخلع ، وبطل الخيار ، وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل ، وقال : إذا جعل الخيار للمرأة ثبت (لها) ^(٣) الخيار ولم يقع الطلاق . ولنا : أن سبب وقوع الطلاق وجد وهو اللفظ به فوقع كما لو أطلق ومتى وقع فلا سبيل إلى رفعه .

٥٦٨٥

(فصل)

نقل منها في رجل قالت له امرأته اجعل امرى بيدي وأعطيك عبدى هذا فقبض العبد وجعل امرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئاً : هو له . إما قالت : اجعل امرى بيدي وأعطيك . فقيل له : متى شئت تختار ؟ قال : نعم ما لم يطأها أو ينقض . فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبى أن ترجع عليه بالموض لأنه استرجع ما جعل لها فاسترجع منه ما أعطته ، ولو قال : إذا جاء رأس الشهر فأمر بك بيدك ملك لإبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقاً فمع التعليق أولى كالوكالة . قال أحمد : ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخرها فاختارت الزوج لا يرد عليها شيئاً . ووجهه أن الألف في مقابلة تملكها لإياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليست الألف في مقابلة الفرقة .

٥٦٨٦

(فصل)

إذا قالت امرأته طلقنى بدينار فطلقها ثم ارتدت لزمتها الدينار ووقع الطلاق بائناً ولا تؤثر الردة لأنها وجدت بعد البينونة ، وإن طلقها بعد درتها وقبل دخوله بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائناً فإن كان بعد الدخول وقلنا إن الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك وإن قلنا يقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبيناً أنها لم تكن زوجته حين طلقها فلم يقع . ولا شيء له عليها . وإن رجعت إلى الإسلام بان أن الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض .

٥٦٨٧

مسألة

قال ﴿ وإذا قالت له : اخلعنى على ما في يدي ، من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء لزمه ثلاثة دراهم ﴾

وجملة ذلك : أن الخلع بالمجهول جائز وله ما جعل له . وهذا قول أصحاب الرأي . وقال أبو بكر : لا يصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط . فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح ، وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوتت عليه ما يوجب فإِنْ خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردها أو رضاعها^(١) لمن يفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بضعها ، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ، ولو طأعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة ، وأباح لها افتدائها نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فأما ما يجب شيء لم ترض به فلا وجه له ، فعلى هذا إن خالها على ما في يدها من الدراهم صح فإن كان في يدها دراهم فهي له ، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة نص عليه أحمد ، لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة . ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى^(٢) له بدراهم ، وإن كان في يدها أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها ، واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها .

(فصل)

٥٦٨٨

والخلع على مجهول ينقسم أقساماً :

أحدها : أن يخالها على عدد مجهول من شيء غير مختلف كالدنانير والدراهم كالتى يخالها على ما في يدها من الدراهم فهي هذه التى ذكر الخرقى حكمها .

الثانى : أن يكون ذلك من شيء مختلف لا بمظم اختلافه مثل أن يخالها على عبد مطلق أو عبيد أو يقول إن أعطيتى عبداً فأنت طالق فإنها تطلق بأى عبد أعطته إياه ويمسكه بذلك ولا يكون له غيره . وكذلك إن خالته عليه فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد ، وإن خالته على عبيد فله ثلاثة ، هذا ظاهر كلام أحمد ، وقياس قوله وقول الخرقى فى المسألة التى قبلها ، وقد قال أحمد فيها إذا قال : إذا أعطيتى عبداً

(١) فى المخطوطة ١٨ : برده أو رضاع .

(٢) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : كما لو وصى .

فأنت طالق فإذا أعطته عبداً فهي طالق . والظاهر من كلامه ما قلناه^(١) ، وقال القاضى : له عليها عبد وسط . وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبداً وسطاً والظاهر خلافه .

ولنا : أنها خالعت على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعتها على ما فى بدنها من الدراهم ، ولأنه إذا قال إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً فقد وجد شرطه فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال : إن رأيت عبداً فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئاً فلا يلزمها شيء كما لو أطلقها بغير خلع .

الثالث : أن يخالعتها على مسمى تعظم الجمالة^(٢) فيه مثل أن يخالعتها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول : إن أعطيتنى ذلك فأنت طالق فالواجب فى الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها^(٣) إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيتها إياه ولا يلزمها غير ذلك فى قياس ما قبلها ، وقال القاضى وأصحابه من الفقهاء : ترد عليه ما أخذت من صداقها . لأنها فوتت البضع ولم يحصل له الموضع لجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت^(٤) وهو المهر .

ولنا : ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه ؟ والأشبهه بمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به ، ومن هذا القسم لو خالعتها على ما فى بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلاً كان أو كثيراً معلوماً أو مجهولاً وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع ، وفى قول القاضى عليها المسمى فى الصداق وهو قول أصحاب الرأى والوجه للقولين ما تقدم .

الزابع : أن يخالعتها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرها من الحيوان أو قال على ما فى بطونها أو [ما فى]^(٥) ضروعها فيصح الخلع ، وروى عن أبى حنيفة يصح الخلع على ما فى بطنها ولا يصح على حملها .

ولنا : أن حملها هو ما فى بطنها فصح الخلع عليه كما لو قال على ما فى بطنها . إذا ثبت هذا فإنه إن خرج الولد سليماً أو كان فى ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضى : لا شيء له وهو قول مالك وأصحاب الرأى ، وقال ابن عقيل : لها مهر المثل ، وقال أبو الخطاب : له المسمى . وإن خالعتها على ما يثمر نخلاً أو تحمل أمتها صح ، قال أحمد إذا خالعت امرأته على ثمرة نخلها سنين فجاز فإن لم يحصل نخلها ترصيه

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : تعظم جهالته .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : قيمة ما فوتته .

(١) فى المخطوطة ٣٩ : ما قلنا .

(٣) الظاهر (به) .

(٥) الزيادة من المخطوطة ٣٩ .

بشيء ، قيل له : فإن حمل نخلها ؟ قال : هذا أجود من ذلك ، قيل له : يستقيم هذا ؟ قال : نعم جائز . فيحتمل قول أحد ترضيه بشيء أى له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل فتعطيه عن ذلك شيئاً أى شيء كان مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع ، وقال القاضي : لا شيء له وتأول قول أحد ترضيه بشيء على الاستحباب ، لأنه لو كان واجباً لتقدر بتقدير يرجع إليه ، وفرق بين هاتين المسألتين ومسألة الدرهم والمتاع حيث يرجع فيهما بأقل ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئاً وهذا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملاً ولا ثمرة أن^(١) ثم أوهمته أن معها دراهم وفي بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضى الوجود مع إمكان علمها به فكان له ما دل عليه لفظها كالوخالعة على عبد فوجده حراً وفي هاتين المسألتين دخل معها في العقد مع تساويهما في الدلم في الحال ورضاها بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر ، وقال أبو حنيفة لا يصح العوض ههنا لأنه معدوم .

ولنا : أن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب : أن له في هذه الأقسام الثلاثة المسمى في الصداق . وأوجب له الشافعي مهر المثل ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه والله أعلم .

(فصل)

٥٦٨٩

إذا خالعه على رضاع ولده سنتين صح وكذلك إن جعلنا وقتاً معلوماً قل أو أكثر ، وبهذا قال الشافعي لأن هذا مما تصح المعاوضة عليه في غير الخلع ففي الخلع أولى فإن خالعه على رضاع ولده مطلقاً ولم يذكر مدة صح أيضاً وينصرف إلى ما بقي من الحولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ، ولا يقول : ترضعه سنتين ؟ قال : نعم ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع ، كالاتصح الإجارة ، حتى يذكر المدة .

ولنا : أن الله تعالى قيده بالحولين ، فقال تعالى : « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ^(٢) » وقال سبحانه « وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ^(٣) » . وقال : « وَحَلَهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا^(٤) » ولم يبين مدة الحمل ههنا والفصال ، فتحمل على ما فسرت الآية الأخرى ، وجعل الفصال عامين ، والحمل ستة أشهر ، وقال النبي

(١) في المطبوعة (ولا ثمرة ثم) وفي الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٠٢ (ولا ثمرة أن سم) وهو الصواب .

ولعله ثم ، ريف . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٣) سورة لقمان آية ١٤ .

(٤) سورة الأحقاف آية ١٥ .

صلى الله عليه وسلم «لارضاع»^(١) بعد فصال» بمعنى : بعد العامين ، فيحمل المطلق من كلام الآدمى على ذلك أيضاً ، ولا يحتاج إلى وصف الرضاع ، لأن جنسه كاف ، كما لو ذكر جنس الخياطة في الإجارة ، فإن ماتت المرضة أو جف لبنها فعليها أجر المثل لما بقى من المدة ، وإن مات الصبي فكذلك ، وقال الشافعى فى أحد أقواله : لا يفسخ ، وبأتيها بصبي ترضعه فى مكانه لأن الصبي مستوفى به ، لامعقوداً عليه فأشبهه ماله استأجر دابة ليركبها فأت .

ولنا : أنه عقد على فعل فى عين فيفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولأن ما يستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبي وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضب فلم يميز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله فى حياته ، ولأنه لا يجوز إبداله فى حياته فلم يميز بعد موته كالمرضة بخلاف ركب الدابة ، وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضى شيء من المدة فعليها أجر رضاع مثله وعن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء ، وعن الشافعى كقولنا وعنه يرجع بالمهر .

ولنا : أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثلها كما لو خالها على قفيز فهلك قبل قبضه .

(فصل)

٥٦٩٠

وإن خالها على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والأدم ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، وقال الشافعى : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الأدم وجنسه ويكون المبلغ معلوماً مضبوطاً بالصفة كالسلم فيه وما يحل منه كل يوم ، ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقاً وقد ذكرناه فى الإجارة ودلنا عليه بقصة موسى عليه السلام وقول النبى صلى الله عليه وسلم : « رحم الله أخى »^(٢) موسى أجر نفسه بطعام بطنه ، وعفة فرجه » ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة ، وهى غير مقدرة ، كذا ههنا ، ولوالد أن يأخذ منها ما يستحقه ، من مؤنة الصبى وما يحتاج إليه ، لأنه بدل ثبت له فى ذمتها ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، فإن أحب أنفق بعينه ، وإن أحب أخذه لنفسه ، وأنفق عليه غيره ، وإن أذن لها فى إنفاقه على الصبى جاز . فإن مات الصبى بعد انقضاء مدة الرضاع فلا يبيح أن يأخذ ما بقى من المؤنة ، وهل يستحقه دفعة ، أو يوماً بيوم ؟ فيه وجهان .

(١) رواه عن على الطبرانى فى الصغير وعبد الرزاق فى مصنفه ورواه عن جابر أبو داود الطيالسى فى مسند

جابر ص ٢٤٣

(٢) أخرجه ابن ماجه والبخارى والطبرانى عن عقبه بن النضر السلى فى حديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم

« إن موسى أجر نفسه ثمانى سنين أو ثمانى على عفة فرجه وطعام بطنه »

أحدهما : يستحقه دفعة واحدة . ذكره القاضى فى الجامع ، واحتج بقول أحمد : إذا خالعهما على رضاع ولده فمات فى أثناء الحولين . قال : يرجع عليها ببقية ذلك ، ولم يعتبر الأجل ، ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقا ، فإذا زالت الحاجة إلى التفريق استحق جملة واحدة .

والثانى لا يستحقه إلا يوما بيوم . ذكره القاضى فى المجرد ، وهو الصحيح ، لأنه ثبت منجا ، فلا يستحقه معجلا ، كما لو أسلم إليه فى خبز يأخذه منه كل يوم أرطالا معلومة ، فمات المستحق له ، ولأن الحق لا يحل بموت المستوفى ، كما لو مات وكيل صاحب الحق ، وإن وقع الخلاف فى استحقاقه بموت من هو عليه ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان كهذين ، وإن ماتت المرأة خرج فى استحقاقه فى الحال وجهان كهذين ، بناء على أن الدين ، هل يحل بموت من هو عليه أم لا ؟

(فصل)

٥٦٩١

والمعوض فى الخلع كالعوض فى الصداق والبيع ، إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل فى ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه ، وإن كان غيرها دخل فى ضمانه بمجرد الخلع ، وصح تصرفه فيه . قال أحمد فى امرأة قالت لزوجها : اجعل أمرى بيدى ولك هذا العبد ، ففعل ، ثم خبرت فاخترت نفسها بعد مامات العبد : جائز ، وليس عليها شيء . قال : ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها له ، فلم يصح عتقها له ، لأن ملكها زال عنه بعملها له عوضا فى الخلع ، ولم يضمنها إياه إذا تلف ، لأنه عوض ممين غير مكيل ولا موزون ، فدخل فى ضمان الزوج بمجرد العقد .

ويخرج فيه وجه : أنه لا يدخل فى ضمانه ، ولا يصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما ذكرنا فى عوض البيع وفى الصداق . وأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ، ولا يدخل فى ضمانه حتى يقبضه ، فإن تلف قبل قبضه فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الأمثال . وقد ذكر القاضى فى الصداق : أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن كان مكيلا أو موزونا ، لأنه لا يفسخ سببه بتلفه ، فهنا مثله .

﴿مسألة﴾

٥٦٩٢

قال : ﴿ وإن خالعهما على غير عوض كان خالعا ، ولا شيء له ﴾ .
اختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة .

فروى عنه ابنه عبدالله ، قال : قلت لأبى . رجل علق به امرأته تقول : اخلعنى . قال : قد خالعتك . قال : يتزوج بها ، ويحدد نكاحا جديدا ، وتكون عنده على اثنتين^(١) ، فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض ، وهو قول مالك ، لأنه قطع للنكاح ، وصح من غير عوض كالطلاق ، ولأن الأصل فى مشروعية الخلع أن (١) أى على طلقين اثنتين لا يحل بعدها حتى تنكح زوجا غيره .

توجد من المرأة رغبة عن زوجها ، وحاجة إلى فراقه ، ففسأله فراقها ، فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع ، فصح كما لو كان بموضع قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء ، فإذا كان من قبل الرجال فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة ، ولا يكون فسخا :

والرواية الثانية ، لا يكون خلع إلا بموضع ، روى عنه مهنا إذا قال لها : اخلعى نفسك ، فقالت : خلعت نفسى لم يكن خلعا إلا على شيء ، إلا أن يكون نوى الطلاق ، فيكون مانوى ، فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بموضع ، فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا ، لأنه يصلح كناية عن الطلاق ، وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا . وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعى . لأن الخلع إن كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا بعيها ، وكذلك لو قال : فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق ، لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله الموضع ، فإنه يصير معاوضة ، فلا يجتمع له العوض والموضع ، وإن قلنا : الخلع طلاق ، فليس بصريح فيه اتفاق وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية ، أو بذل اموض فيقوم مقام النية ، وما وجد واحد منهما . ثم إن وقع الطلاق . فإذا لم يكن بموضع لم يقتض البينة إلا أن تكل الثلاث .

(فصل)

٥٦٩٣

إذا قالت : معنى عبدك هذا ، وطلقتى بألف ، ففعل ، صح وكان بيعا وخلعا بموضع واحد ، لأنها عقدان يصح إفراد كل واحد منهما بموضع ، فصح جمعهما ، كبيع ثوبين . وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف أنه يصح ، وهو نظير لهذا . وذكر أصحابنا فيه وجها آخر : أنه لا يصح ، لأن أحكام العقدین تختلف ، والأول أصح لما ذكرنا ، وللشافعى فيه قولان أيضا ، فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى ، وقيمة العبد ، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى ، وعوض العبد ما يخص قيمته ، حتى لو رده بعيب رجعت بذلك ، وإن وجدته حرا أو مفضوبا رجعت به ، لأنه عوضه ، فإن كان مكان العبد شقص مشقوق ففيه الشفعة ، وبأخذ الشفع بحصة قيمته من الألف ، لأنها عوضه .

(فصل)

٥٦٩٤

وإن خالعا على نصف دار صح ، ولا شفعة فيه ، لأنه عوض عما لا قيمة له ، ويتخرج أن فيه شفعة لأن له عوضا ، وهل يأخذه الشفع بقيمته ، أو بمثل المهر ، على وجهين . فأما إن خالعا ودفع إليها ألفا بنصف دارها صح ، ولا شفعة أيضا . وقال أبو يوسف ومحمد : تجب الشفعة فيما قابل الألف ، لأنه عوض مال .

ولنا : أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج ، والبضع لا يتقوم في حق غيره ، ولأن الزوج

ملك الشقص صفقة واحدة من شقص واحد ، فلا يجوز للشفيع أخذ بعضه ، كما لو اشتراه بثمن واحد .

٥٦٩٥

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ ولو خالعهما على ثوب فخرج معيباً ، فهو بخير بين أن يأخذ أرض العيب ، أو قيمة الثوب ويرده ﴾
وجملة ذلك : أن الخلع يستحق فيه رد عوضه بالعيب ، أو أخذ الأرض ، لأنه عوض في معاوضة ،
فيستحق فيه ذلك ، كالبيع والصداق . ولا يخلو إما أن يكون على معين ، مثل أن تقول : اخلعني
على هذا الثوب . فيقول : خامتك ، ثم يجد به عيباً لم يكن علم به ^(١) ، فهو بخير بين رده وأخذ
قيمه وبين أخذ أرضه ، وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته إياه طلق وملاكه .
قال أصحابنا : والحكم فيه كما لو خالعهما عليه ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرض مع
إمكان رده ، وهذا أصل ذكرناه في البيع ، وله أيضاً قول : أنه إذا رده رجع بمهر المثل ، وهذا الأصل
ذكر في الصداق ^(٢) ، وإن خالعهما على ثوب موصوف في الذمة ، واستقوى صفات السلم صح ، وعليها
أن تعطيه إياه سليماً ، لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والصداق ، فإن دفعته إياه معيباً أو ناقصاً
عن الصفات المذكورة ، فله الخيار بين إمساكه ، أو رده والمطالبة بثوب سليم على تلك الصفة ، لأنه إنما
وجب في الذمة سليماً تام الصفات ، فيرجع بما وجب له ، لأنها ما أعطته الذي وجب له عليها . وإن قال :
إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا ، فأعطته ثوباً على تلك الصفات طلق وملاكه . وإن أعطته ناقصاً
صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه ، لأنه ما وجد الشرط . فإن كان على الصفة لكن به عيب ، وقع الطلاق
لوجود شرطه . قال القاضي : ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته ، وهذا قول الشافعي ، إلا أن له
قولاً : أنه يرجع بمهر المثل على ما ذكرناه ، وعلى ما قلنا نحن فيما تقدم : أنه إذا قال : إذا أعطيتني ثوباً
أو عبداً أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيباً ، طلق وليس له شيء سواه ، وقد نص أحمد على
من قال : إن أعطيتني هذا الألف فأنت طالق ، فأعطته إياه ، فوجده معيباً ، فليس له البذل ، وقال أيضاً :
إذا قال : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق ، فإذا أعطته عبداً فعلى طالق وبملاكه ، وهذا يدل على أن كل
موضع قال : إن أعطيتني كذا ، فأعطته إياه ، فليس له غيره ، وذلك لأن الإنسان لا يلزمه في ذمته شيء
إلا بالتزام أو التزام ، ولم يرد الشرع بإلزامها هذا ، ولا هي التزمته له ، وإنما علق طلاقها على شرط ، وهو
عطيته له ذلك ، فلا يلزمها شيء سواه ، ولأنها لم تدخل معه في معاوضة ، وإنما حققت شرط الطلاق ،

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : لم يكن له به علم .

(٢) في المخطوطة ١٨ : ذكرناه في الصداق .

فأشبه ما لو قال : إن دخلت فأنت طالق ، فدخلت أو ما لو قال : إن أعطيت أباك عبداً فأنت طالق ، فأعطته إياه .

(فصل)

٥٦٩٦

إذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق . فأعطته ألفاً أو أكثر طلقت لوجود الصفة ، وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها ، وإن أعطته ألفاً وازنة^(١) تنقص في العدد طلقت^(٢) ، وإن أعطته ألفاً عدداً تنقص في الوزن لم تطلق ، لأن إطلاق الدرهم ينصرف إلى الوزن من دراهم الإسلام ، وهي ما كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ، ويحتمل أن الدرام متى كانت تنفق برءوسها من غير وزن طلقت ، لأنها يقع عليها اسم الدرام ، ويحصل منها مقصودها . ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد لذلك ، وإن أعطته ألفاً رديئة ، كنعحاس فيها أو رصاص أو نحوه لم تطلق ، لأن إطلاق الألف يتناول ألفاً من الفضة ، وليس في هذه ألف من الفضة ، وإن زادت على الألف بحيث يكون فيها ألف فضة طلقت ، لأنها قد أعطته ألفاً فضة ، وإن أعطته سبيكة تبلغ ألفاً لم تطلق ، لأنها لا تسمى دراهم ، فلم توجد الصفة ، بخلاف المنشوشة ، فإنها تسمى دراهم ، وإن أعطته ألفاً رديء الجنس لخشونة أو سواد ، أو كانت وحشة السكة طلقت ، لأن الصفة وجدت . قال القاضي : وله ردها ، وأخذ بدلها ، وهذا قد ذكرناه في المسألة التي قبلها .

(فصل)

٥٦٩٧

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً مروياً فأنت طالق ، فأعطته هروياً لم تطلق ، لأن الصفة التي علق الطلاق عليها لم توجد ، وإن أعطته مروياً طلقت ، وإن خالعهما على مروى فأعطته هروياً فالخلع واقع ، وبطلانها بما خالعهما عليه . وإن خالعهما على ثوب بعينه على أنه مروى ، فبان هروياً فالخلع صحيح ، لأن جنسهما واحد ، وإنما ذلك اختلاف صفة ، فجري مجرى الميب في العوض ، وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره ، وبين رده وأخذ قيمته لو كان مروياً ، لأن مخالفة الصفة بمنزلة الميب في جواز الرد . وقال أبو الخطاب : وعندي لا يستحق شيئاً سواء ، لأن الخلع على عينه وقد أخذه . وإن خالعهما على ثوب على أنه قطن فبان كتاناً ، لزم رده ، ولم يكن له إمساكه ، لأنه جنس آخر ، واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان ، بخلاف ما لو خالعهما على مروى فخرج هروياً ، فإن الجنس واحد .

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ألفاً موزونة .

(٢) وازنة : ثقيلة وفي الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٠٦ (وإن أعطته ألفاً وازنة لا تنقص في العدد طلقت) بزيادة (لا) قبل تنقص ، وهو الصواب لأن المغنى قال بعد ذلك (ولا تطلق إن أعطته وازنة تنقص في العدد) (ف) .

٥٦٩٨

(فصل)

وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فتى أعطته على صفة يمكنه القبض وقع الطلاق ، سواء قبضه منها أو لم يقبضه ، لأن العطية وجدت . فإنه يقال : أعطته فلم يأخذ ، ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها ، والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه ، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها ، أو قالت : يضمه لك زيد ، أو اجمله قصاصاً مما لى عليك ، أو أعطته به رهناً ، أو أحالته به ، لم يقع الطلاق ، لأن العطية ما وجدت ، ولا يقع الطلاق بدون شرطه . وكذلك كل موضع تعذر العطية فيه^(١) لا يقع الطلاق ، سواء كان التعذر من جهته ، أو من جهتها ، أو من جهة غيرها ، لانقضاء الشرط . ولو قالت : طلقني بألف فطلقها ، استحق الألف وبانت ، وإن لم يقبض ، نص عليه أحمد . قال أحمد : ولو قالت : لا أعطيك شيئاً ، بأخذها بالألف^(٢) ، يعني ويقع الطلاق ، لأن هذا ليس بتعليق على شرط ، بخلاف الأول .

٥٦٩٩

(فصل)

وتعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوماً لا سبيل إلى دفعه ، فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض ، بدليل صحة تعليقه على الشروط ، ويقع الطلاق بوجود الشرط ، سواء كانت العطية على الفور أو [على]^(٣) التراخي ، وقال الشافعي : إن قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني ، أو أي حين ، أو أي زمان أعطيتني ألقاً فأنت طالق ، فذلك على التراخي ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني ألقاً فأنت طالق ، فذلك على الفور^(٤) ، فإن أعطته جواباً لكلامه وقع الطلاق ، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق ، لأن قبول المعاوضات على الفور ، فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات ، بخلاف متى وأي ، فإن فيهما تصريحاً بالتراخي ، ونصاً فيه ، وإن صاراً معاوضة ، فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحتملان الفور والتراخي ، فإذا تعاق بهما العوضُ حُمِلَا على الفور .

وأما : أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليقات أو نقول : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي فكان على التراخي ، كما لو خلا عن العوض والدليل على أن مقتضاه التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه ، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ، ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى ، أو بأى ، فكذلك في مسائلتنا . ولا يصح قياس

(١) في المخطوطة ٣٩ : تعذر العطية فيه

(٢) في المخطوطة ١٨ : أخذها بالألف .

(٣) الزيادة من المخطوطة ١٨ .

(٤) في المخطوطة ١٨ : فعلى الفور .

مانحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ، ثم يبطل قياسهم^(١) بقول السيد لعبد: إن أعطيتني ألفاً فأنت حر ، فإنه كمسألتنا ، وهو على التراخي ، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق .

(فصل)

٥٧٠٠

إذا قال لامرأته : أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء ، فإذا شاءت وقع الطلاق بانثاء ، ويستحق الألف ، سواء سألته الطلاق فقالت : طلقني بألف فأجابها . أو قال ذلك لها ابتداء ، لأنه عاق طلاقها على شرط ، فلم يوجد قبل وجوده ، وتعتبر مشيئتها بالقول^(٢) ، فإنها وإن كان محلها القلب فلا يعرف مافي القلب إلا بالنطق ، فيعلق الحكم به ، ويكون ذلك على التراخي ، فتى شاءت طلقت . نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك ، إلا في أنه على الفور عنده . ولو أنه قال لامرأته : أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفاً ، فقياس قول أحد : أنه على التراخي . لأنه نص على أن أمرك بيدك على التراخي . ونص على أنه إذا قال لها : أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها ، ومذهب الشافعي أنه على الفور لما تقدم .

وانا : أنه لو قال لعبد : إن ضمنت لي ألفاً فأنت حر كان على التراخي ، ولو قال له : أنت حر على ألف إن شئت ، كان على التراخي ، والطلاق نظير العتق ، فعلى هذا متى ضمنت له ألفاً كان أمرها بيدها ، وله الرجوع فيما جعل إليها ، لأن أمرك بيدك توكيل منه لها ، فله الرجوع فيه ، كما يرجع في الوكالة ، وكذلك لو قال لزوجته طلق نفسك إن ضمنت لي ألفاً فتى ضمنت له ألفاً وطلقت نفسها وقع مالم يرجع ، وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم تضمن لم يقع الطلاق .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٠١

قال : ﴿ وإذا خالعهما على عبد فخرج حراً ، أو استحق ، فله عليها قيمته ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا ، فبان غير مال ، مثل أن يخالعهما على عبد بعينه فيبين حراً ، أو مفصوباً ، أو على خل فيبين^(٣) خراً ، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، لأن الخلع معاوضة بالبضع ، فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ، ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبداً . وبهذا قال أبو ثور ، وصاحب أبي حنيفة^(٤) . وإن خالعهما على هذا الدن من الخل ، فبان خراً ، رجع عليها بمثله خلا ، لأن الخل من ذوات الأمثال ، وقد دخل على أن هذا للعين خل ، فكان له مثله كما لو كان خلا فتاف قبل قبضه ، وقد قيل : يرجع بقيمة مثله خلا ، لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال . والصحيح الأول ،

(١) في المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : ويبطل قياسهم . (٢) في المخطوطة ١٨ : وتعتبر المشيئة بالقول

(٣) في المخطوطة ٣٩ : فبين . في الفقرة كلها (٤) في المخطوطة ١٨ : وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن .

لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلاً ، كما نوجب قيمة الحر بتقدير كونه عبداً ، فإن الحر لا قيمة له . وقال أبو حنيفة في المسألة كلها : يرجع بالمسمى ، وقال الشافعي : يرجع بمهر المثل ، لأنه عقد على البضع بعوض فاسد ، فأشبهه النكاح بخمر . واحتج أبو حنيفة : بأن خروج البضع لا قيمة له ، فإذا غرته رجع عليها بما أخذت .

ولذا : أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها ، وبقاء سبب الاستحقاق ، فوجب بدلها مقدراً بقيمتها أو مثلاً ، كأنصوب والمستمار . وإذا خالعهما على عبد فخرج منصوباً^(١) أو أم ولد . فإن أبا حنيفة يسلمه ، ويوافقنا فيه .

(فصل)

٥٧٠٢

وإن خالعهما على محرم يملكان تحريمه كالحر ، والحر ، والخنزير ، والميتة ، فهو كالخلع بغير عوض ، سواء لا يستحق شيئاً . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعي : له عليها مهر المثل ، لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض محرماً وجب مهر المثل كالنكاح .

ولنا : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا ، فإذا رضى بغير عوض لم يكن له شيء ، كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته . وفارق^(٢) النكاح ، فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم ، ولا يلزم إذا خالعهما على عبد فبان حراً ، لأنه لم يرض بغير عوض متقوم^(٣) فيرجع بحكم الغرور ، وهما رضى بما لا قيمة له ، إذا تقرر هذا فإن كان انخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي ، لأنه خلا عن عوض ، وإن كان بلفظ انخلع وكنائيات الخلع ، ونوى به الطلاق فكذلك ، لأن الكنايات مع النية كالصريح . وإن كان بلفظ انخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل ، وهو : أنه هل يصح انخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان . فإن قلنا : يصح ، صح ههنا ، وإن قلنا : لا يصح لم يصح ، ولم يقع شيئاً . وإن قال : إن أعطيتني خيراً أو ميتة فأنت طالق ، فأعطته ذلك طلقت ، ولا شيء عليها . وعند الشافعي : عليها مهر المثل ، كقوله في التي قبلها .

(فصل)

٥٧٠٣

فإن قال : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق ، فأعطته مدبراً أو معتقاً نصفه وقع الطلاق بهما ، لأنهما كالقن في التملك . وإن أعطته حراً ، أو منصوباً ، أو مرهوناً ، لم تطلق . لأن العتية إنما تتناول ما يصح تملكه ، وما لا يصح تملكه لا تكون مَعْطِيَةً له ، وإن قال : إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق ، فأعطته إياه فإذا هو حر ،

(٢) في المخطوطة ٣٩ : ويفارق النكاح .

(١) في المخطوطة ٣٩ : فبان منصوباً .

(٣) في المخطوطة ١٨ : بغير عوض متقوم .

أو منسوب ، لم تطلق أيضاً ، لما ذكره أبو بكر ، وأوماً إليه أحمد . وذكر القاضى وجهاً آخر : أنه يقع الطلاق . قال : وأوماً إليه أحمد في موضع آخر ، لأنه إذا عيّنهُ فقد قطع اجتهادها فيه . فإذا أعطته إياه وُجدت الصفة ، فوقع الطلاق ، بخلاف غير المعين . ولأصحاب الشافعى أيضاً وجهان كذلك ، وعلى قولهم : يقع الطلاق ، هل يرجع بقيمته ، أو بهر المثل ؟ على وجهين .

ولنا : أن العطية إنما معناها للتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها : التمسك من تملكه ، بدليل غير المعين ، ولأن العطية ههنا التملك ، بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكاً لها ، وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٠٤

قال ﴿ وإذا قالت له : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة لم يكن له شيء ولزمها تطليقه ﴾ أما وقوع الطلاق بها فلا خلاف فيه ، وأما الألف فلا يستحق منه شيئاً ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى : له ثلث الألف . لأنها استدعت منه فعلاً بعوض ، فإذا فعل بمضه استحق بقسطه من العوض ، كما لو قال : من رد عبيدى فله ألف ، فرد ثلثهم ، استحق ثلث الألف . وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب .

ولنا : أنها بذلت العوض^(١) في مقابلة شيء ، لم يجبهها إليه ، فلم يستحق شيئاً . كما لو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فله ألف . فسبق إلى بعضها ، أو قالت بمعنى عبدك بألف ، فقال : بملك أحدها بخمسمائة . وكما لو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف ، فطلقها واحدة ، فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على أنه لا يستحق شيئاً .

فإن قيل : الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط ، وكلّ للشرط ، فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً ، قلنا : لا نسلم أن على الشرط ، فإنها ليست مذكورة في حروفه ، وإنما معناها ومعنى الباء واحد . وقد سوى بينهما فيما إذا قالت : طلقني وضررتى بألف ، أو على ألف . ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة^(٢) أو اثنتين .

(فصل)

٥٧٠٥

فإن قالت طلقني ثلاثاً ولك ألف فهي كالتي قبلها ، إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له ، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف ، ومذهب الشافعى ، وأبى يوسف ، ومحمد [بن الحسن] فيها كذهبهم في

(١) في المخطوطة ٣٩ ، ١٨ : بذلت عوضاً . (٢) في المخطوطة ١٨ : بأن المطلقة واحدة .

التي قبلها . وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً ، وإن طلقها ثلاثاً ، لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض^(١) وإنما : أنها استدعت منه الطلاق بالعوض ، فأشبهه مالمو قال : رد عدي ولك ألف فردة ، وقوله لم يعلق الطلاق بالعوض غير مسلم ، فإن معنى الكلام : ولك ألف عوضا عن طلاق ، فإن قرينة الحال دالة عليه ، وإن قالت : طلقني وشرقي بألف أو على ألف علينا ، فطلقها وحدها ، طلقنا وعليها قسطها من الألف^(٢) لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقد بين ، وخلعه للرايتين بعوض عليهما خلعا ، فجاز أن يفقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر ، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب ، لأن العقد لا يتمدد بتعدد العوض ، ولذلك لو اشترى منه عديين بشمن واحد كان عقداً واحداً^(٣) بخلاف ما إذا كان العقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين .

(فصل)

٥٧٠٦

وإن قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ، فطلقها واحدة أو ثلاثاً بانت بثلاث قال أصحابنا : ويستحق الألف ، علمت أو لم تعلم ، وهو منصوص الشافعي ، وقال المزني : لا يستحق إلا ثلث الألف : لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه ، فلا يستحق إلا ثلث الألف ، كما لو كان طلاقها ثلاثاً ، وقال ابن مريج : إن علمت أنه لم ينو من طلاقها إلا طلاقاً [واحدة] استحق الألف وإن لم تعلم كقول المزني ، لأنها إن كانت عالة كان معنى كلامها : كل لي الثلاث ، وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث ، وحصل ما يحصل بالثلاث من البيئونة ، وتحريم العقد ، فوجب بها العوض ، كما لو طلقها ثلاثاً .

(فصل)

٥٧٠٧

فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت : طلقني بألف واحدة أبين بها ، واثنين في نكاح آخر ، فقال أبو بكر : قياس قول أحد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض ، فإن تزوج بها بعد ذلك ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث ، فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض^(٤) كما لو كانت ذات طاقات ثلاث ، فقالت : طلقني ثلاثاً ، فلم يطلقها إلا واحدة ، ومقتضى هذا أنه إذا لم ينكحها نكاحاً آخر أنها ترجع عليه بالعوض ، وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما ، وإن نكحها نكاحاً آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء ، وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله ، وقال القاضي : الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخريتين ، لأنه سلف في طلاق ، ولا يصح في الطلاق

(١) في المخطوطة ١٨ : لم يعلق طلاقها بالعوض . (٢) في المخطوطة ١٨ : وعليها الشقص من الألف .

(٣) المخطوطة ٣٩ : كان العقد واحداً . (٤) في المخطوطة ١٨ : لم يستحق شيئاً .

ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح ، والطلاق قبل النكاح لا يصح^(١) فالمعاوضة عليه أولى ، فإذا بطل فيها انبنى ذلك على تفريق الصفقة ، فإن قلنا تفرق فله ثلث الألف ، وإن قلنا : لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح .

(فصل)

٥٧٠٨

وإن قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف ، وقال محمد بن الحسن : قياس قول أبي حنيفة : ألا يستحق شيئا . لأن الثلاث مخالفة للواحدة ، لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزواج وإصابة ، وقد لا تريد ذلك ، ولا تبذل العوض فيه ، فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته ، بل هو إيقاع مبتدأ^(٢) ، فلم يستحق به عوضا .

ولنا : أنه أوقع ما استدعته وزيادة ، لأن الثلاث واحدة واثنان ، وكذلك لو قال : طلق نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع ، فيستحق العوض بالواحدة ، وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا ، فإن قال لها أنت طالق بألف ، وطالق وطالق ، وقعت الأولى بائنة ، ولم تقع الثانية ولا الثالثة ، لأنهما جاءا بعد يبنونها^(٣) ، وهذا مذهب الشافعي ، وإن قال لها : أنت طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له : أبين أوقعت بالألف ؟ فإن قال : الأولى بانته بها ، ولم يقع ما بعدها ، وإن قال الثانية بانته بها ، وقعت بها طلقتان ، ولم تقع الثالثة ، وإن قال : الثالثة وقع الكل ، وإن قال : نويت أن الألف في مقابلة الكل بانته الأولى وحدها ، ولم يقع بها ما بعدها ، لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض ، وهو قسطها من الألف ، فبانته بها ، وله ثلث الألف ، لأنه رضى بأن يوقعها بذلك ، مثل أن تقول : طلقني بألف ، فيقول : أنت طالق بخمسائة ، هكذا ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعي ، ويحتمل أن يستحق الألف^(٤) ، لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنية ، كما لو قالت : رد عبدى بألف ، فرده [وهو] بنوى خمسمائة ، وإن لم ينو شيئا استحق الألف بالأولى ، ولم يقع بها ما بعدها ، ويحتمل أن تقع الثلاث ، لأن الواو للجمع^(٥) ، ولا تقتضى ترتيبا ، فهو كقوله : أنت طالق ، ثلاثا بألف ، وكذلك لو قال لنير مدخول بها ، أو قال : أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا .

(١) في المخطوطة ٣٩ . غير صحيح . (٢) في المخطوطة ١٨ . إيقاع ابتداء .

(٣) في المخطوطة ١٨ : جاءت بعد الينونة . (٤) في المخطوطة ٣٩ : أنه يستحق الألف .

(٥) في المخطوطة ١٨ : لطلق الجمع .

٥٧٠٩

(فصل)

وإذا قالت : طلقني بألف ، أو على أن لك ألفاً ، أو إن طلقني فلك على ألف ، فقال : أنت طالق استحق الألف وإن لم يذكره ، لأن قوله جواب لما استدعته منه ، والسؤال معاد في الجواب ، فأشبهه ما لو قالت : بعني عبدك بألف ، فقال : بعته . وإن قالت : اخلعني بألف ، فقال : أنت طالق ، فإن قلنا الخلع طلاق بائنة وقع ، واستحق العوض ، لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، وإن قلنا : هو فسخ ، احتمل أن يستحق العوض أيضاً لأن الطلاق يتضمن ما طلبته وهو بينوتها وفيه زيادة نقصان العدد ، فأشبهه ما لو قالت : طلقني واحدة بألف ، فطلقها ثلاثاً احتمل ألا يستحق شيئاً ، لأنها استدعت منه فسخاً^(١) فلم يجبه إلية ، وأوقع طلاقاً ما طلبته ، ولا بذلت فيه عوضاً ، فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيًا ، لأنه أوقعه مبتدئاً به غير مبذول فيه عوض ، فأشبهه ما لو طلقها ابتداءً ، ويحتمل ألا يقع ، لأنه أوقعه بعوض ، فإذا لم يحصل العوض لم يقع ، لأنه كالشرط فيه ، فأشبهه ما لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، وإن قالت : طلقني بألف ، فقال : خلعتك ، فإن قلنا هو طلاق استحق الألف ، لأنه طلقها ، وإن نوى به الطلاق فكذلك ، لأنه كناية فيه ، وإن لم ينو الطلاق وقلنا : ليس بطلاق لم يستحق عوضاً لأنه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه ، ولا يتضمنه ، لأنها سألته طلاقاً ينقص به عدد طلاقه فلم يجبه إلية ، وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع ، لأنه إنما خالعهما معتقداً لحصول العوض ، فإذا لم يحصل لم يصح ، ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض ، وفيه من الخلاف ما فيه .

٥٧١٠

(فصل)

ولو قالت له : طلقني عشراً بألف ، فطلقها واحدة أو اثنتين ، فلا شيء له ، لأنه لم يجبه إلية إلى ما سألت ، فلم يستحق عليها [ما بذلت]^(٢) . وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة ، فطلقها واحدة استحق الألف ، لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود .

٥٧١١

(فصل)

ولو لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فقال : أنت طالق طلقتين ، الأولى بألف ، والثانية بغير شيء ، وقعت الأولى ، واستحق الألف ، ولم تقع الثانية . وإن قال : الأولى بغير شيء وقعت وحدها ، ولم يستحق شيئاً ، لأنه لم يجعل لها عوضاً ، وكملت الثلاث . وإن قال : إحداهما بألف ، لزمها الألف . لأنها طلبت منه طلاقاً بألف ، فأجابه إلية ، وزادها أخرى .

(١) في المخطوطة ١٨ : استدعت منه الفسخ . (٢) الزيادة من المخطوطة ١٨ : وفيها : بما بذلت .

٥٧١٢

(فصل)

وإن قالت : طلقنى بألف إلى شهر ، أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فقال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، صح ذلك ، واستحق العوض ، ووقع الطلاق عند رأس الشهر باثنا ، لأنه بموض . وإن طلقها قبل مجيء الشهر طلقت ولا شيء له ، ذكره أبو بكر . وقال : روى ذلك عن أحمد على بن سعيد ، وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض ، وقال الشافعى : إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر ، فطلقها بألف بانت ، وعليها مهر المثل . لأن هذا سلف فى طلاق ، فلم يصح ، لأن الطلاق لا يثبت فى الذمة ، ولأنه عقد تعلق بعين ، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه .

ولنا : أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فإذا طلقها استحقه ، كما لو لم يقل إلى شهر ، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها ، فلم يستحق أكثر منه كالأصل ، وإن قالت : لك ألف على أن تطلقنى أى وقت شئت من الآن إلى شهر ، صح فى قياس المسألة التى قبلها ، وقال القاضى : لا يصح ، لأن زمن الطلاق مجهول ، فإذا طلقها فله مهر المثل ، وهذا مذهب الشافعى ، لأنه طلقها على عوض لم يصح لفساده . ولنا : ما تقدم فى التى قبلها ، ولا تضر الجهالة فى وقت الطلاق ، لأنه مما يصح تعليقه على الشرط ، فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجلمة ، ولأنه لو قال : متى أعطيتنى ألفا فأنت طالق صح ، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ههنا ، فإن الجهالة ههنا فى شهر واحد وثم فى العمر كله ، وقول القاضى : له مهر المثل مخالف لقياس المذهب ، فإنه ذكر فى المواضع التى يفسد فيها العوض أن له المسمى ، فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكنا بفساده ، والله أعلم .

٥٧١٣

(فصل)

إذا قال لها : أنت طالق وعليك ألف وقعت طلاق رجعية ، ولا شيء عليها . لأنه لم يجعل له العوض فى مقابلتها ، ولا شرطا فيها ، وإنما عطف ذلك على طلاقها ، فأشبه ما لو قال : أنت طالق وعليك الحج ، فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يسكن له عوضا ، لأنه لم يقابله شيء ، وكان ذلك هبة مبتدأة يعتبر فيه شرائط الهبة ، وإن قالت المرأة : ضمنت لك ألفا لم يصح ، لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب أو ماله إلى الوجوب ، وليس ههنا شيء من ذلك .

وذكر القاضى أنه يصح ، لأن ضمان ما لم يجب يصح ، ولم أعرف لذلك وجها إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها : ضمنت لك ألفا على أن تطلقنى ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، فإنه يستحق الألف . وكذلك إذا قالت : طلقنى ، طلاق بألف ، فقال : أنت طالق وعليك ألف ، وقع الطلاق وعليها ألف ، لأن قوله : أنت طالق يكفى فى صحة الخلع واستحقاق العوض ، وما وصل به تأكيد ، فإن اختلفا

فقال : أنت استدعيت منى الطلاق بالألف فأنا نسكت به ، فالقول قولها ، لأن الأصل عدمه ، فإذا حلفت برئت من العوض وبانت ، لأن قوله مقبول في بينوتتها ، لأنها حقته ، غير مقبول في العوض ، لأنه عليها ، وهذا مذهب الشافعى ، وأبى حنيفة . وإن قال . ما استدعيت منى الطلاق ، وإنما أنا ابتدأت فلى عليك الرجعة ، وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها ، فالقول قول الزوج ، لأن الأصل معه ، ولا يلزمها الألف ، لأنه لا بدعيه . وإن قال أنت طالق على الألف ، فالنصوص عن أحد أن الطلاق يقع رجعيا ، كقوله أنت طالق وعليك ألف ، فإنه قال في رواية منها في الرجل يقول لامرأته : أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هي شيئا . فهي طالق يملك الرجعة ثانيا ، وقال القاضى في المجرى : ذلك الشرط ، تقديره إن ضمننت لى ألفا فأنت طالق ، فإن ضمننت له ألفا وقع الطلاق بانئا ، وإلا لم يقع ، وكذلك الحكم إذا قال : أنت طالق على أن لى عليك^(١) ألفا فقياس قول أحد الطلاق يقع رجعيا ، ولا شيء له . وعلى قول القاضى : إن قبلت ذلك لزمها الألف ، وكان خُلعا ، وإلا لم يقع الطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وهو (أيضا)^(٢) ظاهر كلام الخرقى ، لأنه استعمل على بمعنى الشرط في مواضع من كتابه منها قوله : وإذا أنكحها على ألا يتزوج عليها فلما فراقه إن تزوج عليها . وذلك على أن تستعمل بمعنى الشرط ، بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب : « إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجَ »^(٣) وقال : « فَمَنْ نَجَعَلْ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ؟ »^(٤) وقال موسى : « هَلْ أَتَيْتُكَ عَلَى أَنْ تُثَمِّنَنِي ثَمَانِي عَشْرَ مِائَةٍ رُشْدًا ؟ »^(٥) ولو قال^(٦) في المكاح : زوجتك ابنتى على صداق كذا صح ، وإذا أوقعه بموض لم يقع بدونه ، وجرى مجرى قوله : أنت طالق إن أعطيتنى ألفا ، أو ضمننت لى ألفا ، ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط^(٧) وجعل عليها عوضا لم تبذله ، فوقع رجعيا من غير عوض ، كما لو قال : أنت طالق ، وعليك ألف ، ولأن « على » ليست للشرط ، ولا للمعاوضة ، ولذلك لا يصح أن يقول : بعثك ثوبى على دينار .

(فصل)

٥٧١٤

وإذا قال : أنت طالق ثلاثا بألف ، فقالت : قبلت واحدة منها بألف ، وقع الثلاث ، واستحق الألف ، لأن إيقاع الطلاق إليه ، وإنما علقه بعوض يجرى مجرى الشرط من جهتها ، وقد وجد الشرط فيقع الطلاق : وإن

(١) في النسخ المطبوعة (على أن عليك) والصواب (على أن لى عليك ألفا) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٢١٩ (ف)

(٢) ساقطة من المخطوطة ٣٩ ، ١٨ . (٣) سورة القصص : آية ٢٧ (٤) سورة الكهف آية ٩٤

(٥) سورة الكهف آية ٦٦ (٦) في المخطوطة ٣٩ : وإذا قال .

(٧) في المخطوطة ٣٩ ، من غير أن يعلقه بشرط .

قالت : قبلت بألفين وقع ولم يلزمها (الألف) ^(١) الزائد ، لأن القول لما أوجبه دون ما لم يوجبه . وإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع ، لأن الشرط لم يوجد ، وإن قالت : قبلت واحدة من الثلاث بثلاث الألف لم يقع ، لأنه لم يرض بانقطاع رجعت عنها إلا بألف ، وإن قال : أنت طالق طلقتين إحداها بألف ، وقعت بها واحدة ، لأنها بغير عوض ، ووقعت الأخرى على قبولها ، لأنها بعوض .

﴿مسألة﴾

٥٧١٥

قال ﴿ وإذا خالعت الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعا ، ويتبعها إذا عتقت بمثله إن كان له مثل ، وإلا بقيمته ﴾
في هذه المسألة ثلاثة فصول :

(أحدها)

٥٧١٦

أن الخلع مع الأمة صحيح ^(٢) ، سواء كان بإذن سيدها أو بغير إذنه ، لأن الخلع يصح مع الأجنبي : فمع الزوجة أولى ، ويكون طلاقها على عوض باثنا ، والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء ^(٣) ،

(الفصل الثانى)

٥٧١٧

أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شيء فى ذمتها فإنه يتبعها إذا عتقت ، لأنه رضى بذمتها ، ولو كان على عين فالذى ذكر الخرق أنه يثبت فى ذمتها مثله ، أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنها لا تملك العين ، وما فى يدها من شيء فهو لسيدها ، فيلزمها بذله كما لو خالعتها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً . وقياس المذهب ، أنه لا شيء له ، لأنه إذا خالعتها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين ، فيكون راضيا بغير عوض ، فلا يكون له شيء ، كما لو قال : خالعتك على هذا الفصوب ، أو هذا الحر ، وكذلك ذكر القاضى فى المجرى ، قال : هو كالخلع على الفصوب ، لأنها لا تملكها ، وهذا قول مالك . وقال الشافعى : يرجع عليها بمهر المثل ، كقوله فى الخلع على الحر والفصوب ، ويمكن حل كلام الخرق على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها فى هذا الخلع بهذه العين ، ولم تكن صادقة ، أو جهل أنها لا تملك العين ، أو يكون اختاره فيما إذا خالعتها على مفصوب أنه يرجع عليها بقيمته ، ويكون الرجوع عليها فى حال عتقها ، لأنه الوقت الذى تملك فيه ، فهى كالمعسر يرجع عليه فى حال يساره ، ويرجع بقيمته أو مثله ، لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق ، فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمفصوب .

(١) ساقطة من المخطوطة ٣٩ و ١٨ (٢) فى المخطوطة ١٨ أن خلع الأمة صحيح

(٢) فى المخطوطة ١٨ و خلعتها كخلع الحرة سواء

(الفصل الثالث)

٥٧١٨

إذا كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته ، هذا قياس للذهب ، كما لو أذن لعبده في الاستدانة ، ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة ، وإن خالعت على معين بإذن السيد في ملكه ، وإن أذن في قدر^(١) من المال نخلت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها ، وإن أطلق الإذن اقتضى الخلع بالمسعى لها ، فإن خالعت به أو بما دونه لزم السيد ، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها ، كما لو عين لها قدرًا نخلت بأكثر منه وإن كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض مما في يدها .

(فصل)

٥٧١٩

والحكم في المسكينة كالحكم في الأمة (القن)^(٢) سواء . لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لاحظ فيه ، وبذل المال في الخلع لافائدة فيه من حيث تحصيل المال ، بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها ، وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض في ذمتها ، يتبعها به بعد العتق ، وإن كان بإذن السيد سلمه مما في يدها ، وإن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها .

(فصل)

٥٧٢٠

ويصح خلع المحجور عليها لفس^(٣) ، وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت ، وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها^(٤) ، كما لو استدانت منه أو باعها شيئًا في ذمتها .

(فصل)

٥٧٢١

فأما المحجور عليها لفسه أو صفر ، أو جنون فلا يصح بذل العوض منها في الخلع ، لأنه تصرف في المال ، وليس هي^(٥) من أهله ، وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن . لأنه ليس له الإذن في التبرعات ، وهذا كالتبرع وفارق الأمة ، فإنها أهل التصرف ، ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه ، ويفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف . فإن خالع المحجور عليها باللفظ يكون طلاقًا فهو طلاق رجعي ، ولا يستحق عوضاً ، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ، ويحتمل ألا يقع الخلع ههنا ، لأنه إنما رضى به بموض ، ولم يحصل له ، ولا أمكن الرجوع ببذله ، قال أصحابنا : ليس لولي هؤلاء الخالعة بشيء من ماله ، لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ ، وهذا لاحظ فيه ، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها ،

(١) في النسخ المطبوعة (في قدر من المال) والصواب (في قدر من المال) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ١٨٣

(٢) في المخطوطة ١٨ ، لإفلاس

(٣) ساقطه من المخطوطة ٣٩ ، ١٨

(٤) في المخطوطة ٣٩ ، وليست هي

(٥) في المخطوطة ٣٩ ، في حال الحجر

ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فيه ، ويمكن أن يكون الحظ لها فيه بتخليصها ممن يتلف مالها ، وتحاف منه على نفسها وعقلها ، ولذلك لم يعد بذل المال في الخلع تبذيراً ولا سفها ، فيجوز له بذل مالها لتحصيل حفظها وحفظ نفسها ومالها ، كما يجوز بذله في مداولتها وفكها من الأسر ، وهذا مذهب مالك ، والأب وغيره من أوليائها في هذا سواء . وإن خالعهما بشيء من ماله جاز ، لأنه يجوز من الأجنبي ، فن الولي أولى .

(فصل)

٥٧٢٢

إذا قال الأب : طلق ابنتي وأنت برىء من صداقتها ، فطلقها ، وقع الطلاق رجعيًا ، ولم يبرأ من شيء ، ولم يرجع على الأب ، ولم يضمن له ، لأنه أبرأه مما ليس له الإبراء منه ، فأشبهه الأجنبي . قال القاضي : وقد قال أحمد : إنه يرجع على الأب ، قال : وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلاً بأن إبراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليه ، لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة .

وإن علم أن إبراء الأب لا يصح لم يرجع بشيء ، ويقع الطلاق رجعيًا . لأنه خلا عن العوض ، وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنًا ، لأنه بعوض . فإن قال الزوج : هي طالق إن أبرأتني من صداقتها ، فقال : قد أبرأتك ، لم يقع الطلاق ، لأنه لا يبرأ . وروى عن أحمد : أن الطلاق واقع ، فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التافظ بالإبراء دون حقيقة البراءة . وإن قال الزوج : هي طالق إن^(١) أبرأتني من صداقتها لم يقع ، لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وإن قال الأب : طلقها على ألف من مالها ، وعلى الدرك^(٢) فطلقها ، طلقت بائناً ، لأنه بعوض ، وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ، ولا يملك الألف ، لأنه ليس له بذلها .

(فصل)

٥٧٢٣

وإن قال لامرأته : أنتما طالقتان بألف إن شئتما ، فقالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق بهما بائنًا ، ولزمهما العوض بينهما على قدر مهرهما . وإن شئت إحداهما دون الأخرى لم يطلق واحدة منهما ، لأنه جمل ما شئتما صفة في طلاق كل واحدة منها ، ويخالف هذا ما لو قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوضه ، لأنه لم يجعل في طلاقها شرطًا ، وهما علق طلاق كل واحدة منهما بشئيهما جميعًا ، فيتملق الحكم بقولهما : قد شئنا ، لفظًا ، لأن ما في القلب لا سبيل إلى معرفته ، فلو قال الزوج : ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما ، أو قالتا : ما شئنا بقلوبنا لم يقبل .

(١) في النسخ المطبوعة (إن برئت) والصواب (أبرأتني) كما في الشرح الكبير ج ٧ ص ٢٢١

(٢) الدرك : التبعة والضمان

فإذا ثبت هذا : فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما في الصحيح من المذهب ، وهو قول ابن حامد ، ومذهب أهل الرأي ، وأحد قولي الشافعي . وقال في الآخر : يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها^(١) وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون ذلك عليهما نصفين : وأصل هذا في النكاح : إذا تزوج اثنتين بصداق واحد ، وقد ذكرناه في موضعه ، فإن كانت إحداها رشيدة والأخرى محجوراً عليها لسفه فمالتا : قد شئنا ، وقع الطلاق عليهما ، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض ، ووقع طلاقها بائناً ، ولا شيء على المحجور عليها ، ويكون طلاقها رجعيًا ، لأن لها مشيئة ، ولكن الحجر منع^(٢) صحة تصرفها ونفوذه ، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح ، وفيما تأكله ، وكذلك إن كانت غير بالغة^(٣) إلا أنها مميزة ، فإن لها مشيئة صحيحة^(٤) ، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا ، وإن كانت إحداها مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ، ولم يقع الطلاق ، وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض وهو قسط مهرها من العوض في أحد الوجهين ، وفي الآخر نصفه . وإن قالت له امرأتاه : طلقنا بألف بيننا نصفين فطلقهما فعلى كل واحدة منهما نصفه وجهًا واحدًا ، وإن طلق إحداها وحدها فعليها نصف الألف . وإن قالتا : طلقنا بألف فطلقهما ، فالألف عليهما على قدر صدائقيهما في أصح الوجهين ، وإن طلق إحداها فعليها حصتها منه ، وإن كانت إحداها غير رشيدة فطلقها فعلى الرشيدة حصتها من الألف ، ويقع طلاقها بائناً ، وتطلق الأخرى طلاقًا رجعيًا ، ولا شيء عليها .

(فصل)

٥٧٢٤

ويصح الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة ، مثل أن يقول الأجنبي للزوج ، طلق امرأتك بألف على وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو ثور : لا يصح لأنه سفه ، فإنه يبذل عوضاً في مقابلة ما لا منفعة له فيه ، فإن الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف على .

ولنا : أنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال : أعتق عبدك وعلى ثمنه ، ولأنه لو قال : ألقى متاعك في البحر وعلى ثمنه صح ، ولزمه ذلك ، مع أنه لا يُسقط حقاً عن أحد ، فهنا أولى ، ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض ، فجاز لغيرها كالدَّيْن . وفارق البيع ، فإنه تملك ، فلا يجوز بغير رضا من يثبت له الملك ، وإن قال : طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له ، صح ويرجع عليه بمهرها .

(١) في المخطوطة ١٨ : مهر المثل .

(٢) في النسخ المطبوعة (مع صحة) والصواب (منع صحة) كما في الشرح الكبير ٨ ص ٢١٧ ف .

(٣) في المخطوطة ١٨ : إن كانت صغيرة (٤) في المخطوطة ٣٩ : فإن مشيئتها صحيحة .

(فصل)

٥٧٢٥

وإن قالت له امرأته : طلقني وضرتي بألف ، فطلقهما ، وقع الطلاق بهما بائناً ، واستحق الألف على باذله . لأن الخلع مع الأجنبية جائز . وإن طلق إحداها فقال القاضي : تطلق طلاقاً بائناً ، ولزم الباذلة بحصتها من الألف ، وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن بعضهم قال : يلزمها مهر مثل المطلقة ، وقياس قول أصحابنا — فيما إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ، ووقعت بها التطليقة — لا يلزم الباذلة ههنا شيء ، لأنه لم يجبها إلى ما سألت ، فلم يجب عليها ما بذلت ، ولأنه قد يكون غرضها في ينفوتها جميعاً منه ، فإذا طلق إحداها لم يحصل غرضها ، فلا يلزمها عوضها .

(فصل)

٥٧٢٦

وإن قالت : طلقني بألف على أن تطلق ضرتي ، أو على ألا تطلق ضرتي ، فالخلع صحيح ، والشرط والبذل لازم ، وقال الشافعي : الشرط والعوض باطلان ، ويرجع إلى مهر المثل ، لأن الشرط سلف في الطلاق ، والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل ، فيكون الباقي مجهولاً . وقال أبو حنيفة : الشرط باطل ، والعوض صحيح ، لأن العقد يستقل بذلك العوض .

ولنا : أنها بذلت عوضاً في طلاقها وطلاق ضررتها فصيح ، كما لو قالت : طلقني وضرتي بألف . فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ، ويحتمل ألا يستحق شيئاً من العوض ، لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد ، فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض .

﴿مسألة﴾

٥٧٢٧

قال ﴿وما خلع العبد به زوجته من شيء جاز ، وهو لسيدته﴾ جملة ذلك : أن كل زوج صح طلاقه صح خلعه ، لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء ، فلأن يملكه محصلاً للعوض أولى ، والعبد يملك الطلاق فملك الخلع .

وكذلك المكاتب والسفيه ، وفي الصبي المميز وجهان بناء على صحة طلاقه . ومن لا يصح طلاقه كالطفل والمجنون لا يصح خاله^(١) ، لأنه ليس من أهل التصرف ، فلا حكم لسكلامه ، ومتى خالع العبد كان العوض لسيدته . لأنه من اكتسابه واكتسابه لسيدته ، وسائر من ذكرنا العوض لهم ، ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد وولي المحجور عليه ، لأن العوض في خلع العبد ملك لسيدته ، فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه . وولي المحجور عليه هو : الذي يقبض حقوقه وأمواله ، وهذا من حقوقه . وأما المكاتب فيدفع العوض إليه ، لأنه هو الذي يتصرف لنفسه .

(١) في المخطوطة ١٨ لا يصح منه الخلع .

وقال القاضي : يصح قبض العبد والحجور عليه للموض ، لأن من صح خلمه صح قبضه للموض كالحجور عليه لفس ، واحتج بقول أحد : ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده ، وإن استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء ، والحجور عليه في معنى العبد ، والأولى ألا يجوز ، لأن الموض في الخلع لسيده العبد ، فلا يجوز دفعه إلى غير من هو له بغير إذن مالكة ، والموض في خلع الحجور عليه ملك له ، إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه ، لأن الحجر أفاد منعه من التصرف . وكلام أحمد يحمل على ما إذا أتلفه العبد قبل تسليمه إليه ، وعلى أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه ، فإنه لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته ، وهي ملك للسيد ، فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به على ماله ، وإن أسلمت الموض إلى الحجور عليه لم تبرأ ، فإن أخذه الولي منه برئت . وإن أتلفه أو أتلف كان لوليه الرجوع عليها به .

(فصل)

٥٧٢٨

وقد توقف أحد في طلاق الأب زوجة ابنه الصغير وخلعه لإياها ، وسأله أبو الصقر عن ذلك فقال : قد اختلف فيه ، وكأنه رآه . قال أبو بكر : لم ييلغني في هذه المسألة إلا مارواه أبو الصقر ، فيخرج على قولين . أحدهما : يملك ذلك ، وهو قول عطاء ، وقتادة ، لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه ، رواه الإمام أحمد . وعن عبد الله بن عمرو : أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه ولية^(١) ، قال عمرو بن شبيب : وجدنا ذلك في كتاب عبد الله بن عمرو . ولأنه يصح أن يزوجه ، فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً ، كالحاكم يفسخ للإعسار ، ويزوج الصغير .

والقول الآخر : لا يملك ذلك ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه ، وعن عمر أنه قال : إنما الطلاق بيد الذي يحل له الفرج ، ولأنه إسقاط لحقه ، فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ، ولأن طريقه الشهوة^(٢) ، فلم يدخل في الولاية . والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير ، لأنه في معناه .

﴿مسألة﴾

٥٧٢٩

قال : ﴿ وإذا خالمت المرأة في مرض موتها بأكثر من ميراثه منها فخلع واقع ، وللورثة أن يرجعوا عليه بالزيادة ﴾

وجملة الأمر : أن الخالعة في المرض صحيحة^(٣) ، سواء كان المريض الزوج أو الزوجة ، أو هما

(١) في المخطوطة ١٨ : طلق عليه الولي . (٢) في المخطوطة ٣٩ : ولأنه طريق الشهوة .

(٣) في المخطوطة ١٨ أن الخلع في المرض صحيح .

جميعا ، لأنه معاوضة ، فصح في الرض كالبيع ، ولا نعلم في هذا خلافا . ثم إذا خالعت للريضة بميراثه منها فما دونه صح ، ولا رجوع ، وإن خالعت بزيادة بطلت الزيادة ، وهذا قول الثوري ، وإسحاق . وقال أبو حنيفة : له العوض كله ، فإن خالعت فن الثلث ، لأنه ليس بوارث لها ، فصحت محاباتها له من الثلث كالأجنبي ، وعن مالك كاللذهيين ، وعنه يعتبر بخلع مثلها . وقال الشافعي : إن خالعت بمهر مثلها جاز ، وإن زاد فالزيادة من الثلث .

ولنا على أنه لا يعتبر مهر المثل : أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمناه ، واعتبار مهر المثل تقويم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له . وأما قدر الميراث فلا تهمة فيه ، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه ، وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع ، وله جميع ما خالعه به ، لأننا تبيننا أنه ليس بمرض الموت ، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٣٠

قال ﴿ ولو خالعه في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث فللورثة ألا يعطوها أكثر من ميراثها ﴾ .

أما خالعه لزوجته فلا إشكال في صحته ، سواء كان بمهر مثلها ، أو أكثر أو أقل ، ولا يعتبر من الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولى ، ولأن الورثة لا يفرتهم بخالعه شيء . فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ، ولم تنتقل إلى ورثته . فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك ، فإنه لو لم يُبينها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعمها ذلك ، لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه ، كما لو أوصى لوارث .

(فصل)

٥٧٣١

وإذا خالغ امرأته على نفقة عدتها فحكى عن أحمد وأبي حنيفة : أنه يجوز ذلك ، وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا ، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه ، فلا تصح عوضا . وقال الشافعي : لا تصح النفقة عوضا ، فإن خالعه به وجب مهر المثل ، لأن النفقة لم تجب ، فلا يصح الخلع كما لو خالعه على عوض ما يتلفه عليها .

ولنا : أنها إحدى النفقتين ، فصحت الحادثة عليها ، كنفقة الصبي فيما إذا خالعت على كفالة ولده

وقتاً معلوماً ، وقولهم : إنها لم تجب مدوع ، فإنه قد قيل : إن النفقة تجب بالعقد ، ثم إنها إن لم تجب فقد وُجد سبب وجوبها كنفقة الصبي ، بخلاف عوض ما يتلقه .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٣٢

قال ﴿ ولو خالعتة بمحرم وها كافران فقبضه ثم أسلما أو أحدهما لا يرجع عليها بشيء ﴾

وجملة ذلك أن الخلع من الكفار جائز ، سواء كانوا أهل الذمة أو أهل حرب ، لأن كل من ملك الإطلاق ماك المعاوضة عليه كالمسلم ، فإن خالعتها بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا إلى الحاكم أمضى ذلك عليهما كالمسلمين ، وإن كان بمحرم كخمر وخنزير فقبضه ثم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما أمضى ذلك عليهما ، ولم يعرض له ولم يزد ، ولا يبقى له عليها شيء ، كما لو أصدقها خمرًا ثم أسلما ، أو تبايعا خمرًا ، أو تقابضا ثم أسلما ، وإن كان إسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يُقبضه الحاكم ، ولم يأمر بإقباضه ، لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً لمسلم^(١) ، أو من مسلم ، فلا يأمر الحاكم بإقباضه .

قال القاضي في الجامع : ولا شيء له ، لأنه رضى منها بما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بمحرم ، وقال في المجرد : يجب مهر المثل ، وهو مذهب الشافعي ، لأن العوض فاسد ، فيرجع إلى قيمة المتاف ، وهو مهر المثل ، وكلام الخرق يدل بمهمومه على أنه يجب له شيء ، لأن تخصيصه حالة القبض بنفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض .

والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد الخمر والخنزير مالا ، فإذا رضى به عوضاً فقد رضى بالخلع بغير مال ، فلم يكن له شيء . والمشرك يعتقد مالا ، فلم يرض بالخلع بغير عوض ، فيكون العوض واجباً ، كما لو خالعتها على حرّ يظنه عبداً ، أو خمرًا يظنه خلا . وإذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل ، كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما ، وعلى ما عللنا به يقتضى وجوب قيمة ما سمي لها^(٢) على تقدير كونه مالا ، فإنه رضى بمالية ذلك^(٣) ، فيكون له قدره من المال . كما لو خالعتها على خمر يظنه خلا ، وإن حصل القبض في بعضه دون بعض . سقط ما قبض ، وفيما لم يقبض الوجوه الثلاثة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ »^(٤) .

(فصل)

٥٧٣٣

ويصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ، ومن أحدهما منفرداً ، وكل من صح أن يتصرف بالخلع بنفسه جاز توكيله ووكالته ، حرّاً كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً أو كافراً ،

(١) في المخطوطة ٣٩ : أن يكون عوضاً للمسلم (٣) في المخطوطة ١٨ : رضى بماليته .

(٢) في المخطوطة ١٨ قيمة المسمى لها . (٤) سورة البقرة آية ٢٧٨ .

محجوراً عليه أو رشيداً ، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع ، فصح أن يكون وكيلاً وموكلاً فيه كالحر الرشيد ، وهذا مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى ، ولا أعلم فيه خلافاً .

ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق ، وتقدير العوض ، وتسليمه . وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض ، وقبضه ، وإيقاع الطلاق أو الخلع . ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ، ومن غير تقدير ، لأنه عقد معاوضة ، فصح كذلك كالبيع والنكاح ، والمستحب التقدير ، لأنه أسلم من من الغرر ، وأسهل على الوكيل ، لاستغنائه عن الاجتهاد ، فإن وكل الزوج لم يتحل من حالين .

أحدهما : أن يقدر له العوض [فإن] خالع ^(١) به أو بما زاد صح ، ولزم المسمى ، لأنه فعل ما أمر به وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح الخلع ، وهذا اختيار ابن حامد ومذهب الشافعى ، لأنه خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة نخالعه أخرى ، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي . والثانى . يصح ، ويرجع على الوكيل بالنقص ، وهذا قول أبى بكر ، لأن المخالفة في قدر العوض ^(٢) لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق ، والأول أولى ، وأما إن خالف في الجنس مثل أن يأمره بالخلع على دراهم نخالعه على عبد أو بالعكس ، أو يأمره بالخلع حالا نخالعه بعوض نسيتة ، فالتقياس : أنه لا يصح ، لأنه مخالف لموكله في جنس العوض ، فلم يصح تصرفه كالوكيل في البيع ، ولأن ما خالع به لا يملكه الموكل لكونه لم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه ، وفارق المخالفة في القدر ، لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل وقال القاضى : القياس أن يلزم الوكيل القدر الذى أدن فيه ، ويكون له ما خالع قياساً على المخالفة في القدر ، وهذا يبطل بالوكيل في البيع ، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح . كما لو لم يوكله في شيء ، ولأنه يفضى إلى أن يملك عوضاً ما ملكته إياه المرأة ، ولا قصد هو تملكه ، وتتخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه ، وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضاً لما قدمناه .

والحال الثانى : إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضى الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد ، فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيراً وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه . وذكر القاضى احتمالين آخرين .

أحدهما : أن يسقط المسمى ، ويجب مهر المثل . لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه ^(٣) .

والثانى : أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا رجعة له ، وبين ردّه وله الرجعة ، وإن خالع

(١) في المطبوعة نخالعه به ، وقد اخترنا مانى المخطوطة ٣٩ . لأنه أوضح ، ويقتضيه السياق .

(٢) في المخطوطة ٣٩ . بما لا إذن له فيه .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : فى مقدار العوض

بغير نقد البلد فحكم ما لو عين عوضاً فخالعه بغير جنسه ، وإن خالعه الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ، ولم يقع الطلاق^(١) لأنه غير مأذون له فيه ، إنما أذن له في الخلع ، وهو إبانة المرأة بعوض ، وما أتى به ، وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه . ذكره القاضى في المجرد وهو مذهب الشافعى ، وسواء عين له العوض أو أطلق ، وذكر في الجامع : أن الخلع يصح ، ويرجع على الوكيل بالسمى ، ولا شيء على المرأة ، هذا إذا قلنا الخلع بلا عوض يصح ، وإن قلنا : لا يصح ، لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق ، فيقع طلبة رجعية ، واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالعه بذلك صح ، فكذلك وكيل الزوج ، وهذا القياس غير صحيح ، فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق ، فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه ، ووكيل الزوجة لا يوقع ، وإنما يقبل ، ولأن وكيل الزوج إذا خالعه على محرم فوت على موكله العوض ، ووكيل الزوجة يخلصها منه ، فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ، ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذى قدرته له صح ولزمها ، ولو خالعه وكيل الزوج بدون العوض الذى قدره له لم يلزمه .

وأما وكيل الزوجة فله حالان .

أحدهما : أن تقدر له العوض ، فتق خالعه به فسادونه صح^(٢) ولزمها ذلك ، لأنه زادها خيراً ، وإن خالعه بأكثر منه صح ولم تلزمها الزيادة ، لأنها لم تأذن فيها ، ولزم الوكيل ، لأنه التزمه للزوج ، فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يمتق على رب المال . وقال القاضى في المجرد عليها مهر مثلها ، ولا شيء على وكيلها لأنه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لميره ، ولعل هذا مذهب الشافعى ، والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته . لأنها ما التزمت أكثر منه ، ولا وجد منها تغير للزوج ، ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضاً أكثر مما بذل له الوكيل ، لأنه رضى بذلك عوضاً وهو عوض صحيح معلوم ، فلم يكن له أكثر منه ، كما لو بذلته المرأة .

الثانى : أن يُطلق الوكالة ، فيقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد ، فإن خالعه بذلك فمادون صح ولزمها ، وإن خالعهما بأكثر منه فهو كما لو خالعهما بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه .

(فصل —)

٥٧٣٤

إذا اختلفا في الخلع فادعاه الزوج ، وأنكرته المرأة ، بانت بإقراره ، ولم يستحق (عليها^(٣)) عوضاً ، لأنها منكرة وعليها اليمين ، وإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله لذلك ، ولا يستحق عليها عوضاً ،

(٢) فى المخطوطة ١٨ لا يصح الخلع ولا يقع الطلاق . (٢) فى المطبوعة ، فما دون ، وما اخترناه من

المخطوطة ١٨ أوضح (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨ ، ٢٠

لأنه لا بدعيه ، فإن اتفقا على الخلع ، واختلفا في قدر العوض أو جنسه ، أو تأجيله ، أو صفته ، فالقول قول المرأة ، حكاه أبو بكر نصاً عن أحمد ، وهو قول مالك ، وأبي حنيفة . وذكر القاضى رواية أخرى عن أحمد : أن القول قول الزوج ، لأن البضع يخرج من ملكه ، فكان القول قوله في عوضه . كالسيد مع مكاتبته . وقال الشافعى : يتحالفان ، لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمبتاعين إذا اختلفا في الثمن .

ولنا : أنه أحد نوعى الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ، ولأن المرأة منكورة للزيادة في القدر أو الصفة ، فكان القول قولها ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم : « البين على المدعى عليه »^(١) وأما التحالف في البيع فيحتاج إليه لتسخ العقد ، والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ ، وإن قال : خالعتك بألف فقالت : إنما خالعتك غيرى بألف في ذمته بآنت ، والقول قولها في نفي العوض عنها ، لأنها منكورة له ، وإن قالت : نعم ، ولكن ضمنها لك أبى أو غيره^(٢) لزمها الألف ، لإقرارها به ، والضمان لا يبرىء ذمتها . وكذلك إن قالت : خالعتك على ألف يزنه لك أبى ، لأنها اعترفت بالألف ، وادعت على أبيها دعوى ، فقبل قولها على نفسها ، دون غيرها ، وإن قال : سألتنى طليقة بألف ، فقالت : بل سألتك ثلاثاً بألف فطلقتنى واحدة بآنت بإقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف ، بناء على أصلهم فيما إذا قالت : طلقنى ثلاثاً بألف ، فطلقها واحدة ، أنه يلزمها ثلث الألف ، وإن خالعتها على ألف فادعى أنها دنانير ، وقالت : بل هى دراهم ، فالقول قولها ، لما ذكرنا في أول الفصل . ولو قال أحدهما : كانت دراهم قراضة ، وقال الآخر : مطاقة ، فالقول قولها إلا على الرواية التى حكاهما القاضى ، فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين . وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد . وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه . وإن اختلفا في الإرادة كان حكمها حكم المطلقة ، يرجع إلى غالب نقد البلد . وقال القاضى : إذا اختلفا في الإرادة وجب المهر المسمى في العقد ، لأن اختلافهما يجعل البذل مجهولاً ، فيجب المسمى في النكاح ، والأول أصح ، لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية^(٣) ، ووجب الألف من غالب نقد البلد ، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض ، فكذلك إذا اختلفا ، ولأنه يميز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل ، كمبد مطلق ، وبعبارة ، وفرس والجهالة ههنا أقل ، فالصحة أولى .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : أو غير أبى .

(١) سبق تحريره فى ص ١٨٥

(٣) فى المخطوطة ٣٩ صحت التسمية .

٥٧٣٥

(فصل)

إذا علق طلاق امرأته بصفة ، ثم أبانها بخلع أو طلاق ، ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة طالمت ، ومثاله ، إذا قال : إن كلمت أباك فأنت طالق ، ثم أبانها بخلع ، ثم تزوجها ، فكلمت أباه ، فلأنها تطلق . نص عليه أحمد . فأما إن وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ، ثم وجدت مرة أخرى ، فظاهر المذهب أنها تطلق . وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق . نص عليه في العتق ، في رجل قال لعبد : أنت حر إن دخلت الدار ، فباعه ثم رجع ، يعني فاشتراه ، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق ، وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه ، فإن دخل عتق . فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله ، بل أولى ، لأن العتق يقشوف الشرع إليه^(١) ، ولذلك قال الخرق : وإذا قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ، لم تطلق إن تزوجها ، ولو قال : إن ملكت فلانا فهو حر ، فملكه صار حراً ، وهذا اختيار أبي الحسن القمي . وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث ، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة . هذا مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد أقوال الشافعي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن دخلت الدار ، فطلقها ثلاثاً ، ثم نكحت غيره ، ثم نكحها الخالف ، ثم دخلت الدار ، أنه لا يقع عليها الطلاق . وهذا على مذهب مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك ، فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم . وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك ، وأصحاب الرأي ، وأحد أقوال الشافعي . وله قول آخر : لا تعود الصفة بحال ، وهو اختيار المزني ، وأبي إسحاق . لأن الإيقاع وجد قبل النكاح ، فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها ، فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية : أنت طالق إذا دخلت الدار ، ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق ، وهذا في معناه . فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين ، لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، فسقطت اليمين ، وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد .

ولنا : أن عقد الصفة ووقوعها وجداً في النكاح ، فيقع كما لو لم يتخلله بينونة ، أو كما لو باننت بما دون الثلاث عند مالك ، وأبي حنيفة . ولم تفعل الصفة ، وقولهم : إن هذا طلاق قبل نكاح ، قلنا : يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث . وقولهم . تنحل الصفة بفعلها ، قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحث به ، وذلك لأن اليمين حل وعقد ، ثم ثبت أن عقدها يقتدر إلى الملك ، فكذلك حلها ، والحث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها ، فلا تنحل اليمين ، وأما العتق ففيه روايتان .

(١) في المخطوطة ٣٩ . يتشوق إليه الشرع .

إحداها : أن العتق كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه ، فيكون كمشألتنا .
والثانية : تنحل ، لأن الملك الثاني لا يبنى على الأول في شيء من أحكامه . وفارق النكاح ، فإنه يبنى على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق ، فجاز أن يبنى عليه في عود الصفة ، ولأن هذا بفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق ، والحيل خداع لا تحل ما حرم الله ، فإن ابن ماجه ، وابن بطة رويًا بإسنادهما عن أبي موسى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ويستهنئون بآياته قد طلقته ، قد راجعتك قد طلقته » . وفي لفظ رواه ابن بطة « خلعتك وراجعتك ، طلقته راجعتك » . وروى بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل » .

(فصل)

٥٧٣٦

فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني ، مثل أن قال : إن أكلت هذا الرغيف فأنت طالق ثلاثا ، ثم أبانها فأكلته ، ثم نكحها لم يحنث ، لأن حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني ، وما وجدت ، ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة ، لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم .

كتاب الطلاق*

الطلاق : حل قيد النكاح ، وهو مشروع ، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى : « الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ » ^(١) وقال تعالى « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَهَّرُوهُنَّ لِمَذَهَبِنَّ » ^(٢) وأما السنة فاروى ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ، ثم ليتركها حتى تطهر ، ثم تبيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » . متفق عليه فى آى وأخبار سوى هذين كثير .

وأجمع الناس على جواز الطلاق ، والمعبرة دالة على جوازه ، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين ، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة ، وضرراً ، مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى ، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة ، من غير فائدة ، فافتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح ، لتزول المفسدة الحاصلة منه .

(فصل)

٥٧٣٧

والطلاق على خمسة أضرب [واجب] وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيتة ، وطلاق الحكيم فى الشقاق إذا رآيا ذلك

ومكروه ، وهو الطلاق من غير حاجة إليه . وقال القاضى فيه روايتان .

أحدهما : أنه محرم ، لأنه ضرر بنفسه وزوجته ، وإعدام المصلحة الحاصلة لها من غير حاجة إليه ، فكان حراماً كاتلاف المال ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ^(٣) .

والثانية : أنه مباح ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال إلى الله الطلاق » ^(٤) وفى لفظ :

(*) قال أبو البقاء فى التكت على الفصل : التطلق مصدر أطلقت المرأة تطلقاً ، ثم وضعوا الطلاق وهو اسم المصدر موضع المصدر حتى أوقعوا التطلق به . فلو قال : أنت الطلاق ، وأنت ذات طلاق ، أو على الطلاق جرى مجرى التطلق فأما اسم الفاعل منه فهو قولهم أنت طالق . والفعل المأخوذ منه طلقت مثل ضربت . ولكن لم يؤثته فيقول : طالقة مع جوازه لأن المعنى على اللبس أى أنت ذات طلاق كما قالوا : لابن وتامر أى ذو لبن وتامر وإنما دعا إلى هذا التقرير أنك لا تقول : لبن وتامر فهو لابن وتامر . ومن الناس من قال : هو مختص بالنساء فلا يحتاج إلى الفرق . هامش : ١٨ . (١) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٢) سورة الطلاق الآية ١ .

(٣) لا ضرر ولا ضرار . أخرجه أحمد وابن ماجه عن ابن عباس (ف)

(٤) أخرجه أبو داود وابن ماجه والحاكم عن ابن عمر (ف)

« ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق ». رواه أبو داود . وإنما يكون مبغوضاً من غير حاجة إليه ، وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حلالاً ، ولأنه مزيل للنكاح للشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروهاً .

والثالث : مباح ، وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة ، وسوء عشرتها ، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها .

والرابع : مندوب إليه ، وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها ، مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد : لا ينبغي له إمساكها ، وذلك لأن فيه نقصاً لدينه ، ولا يأمن إفسادها فرائضه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه ، ولا يأمن بعضلها في هذه الحال ، والتضييق عليها لتفتدى منه : قال الله تعالى « وَلَا تَفْضُلُوهُمْ لِذُنُوبِهِمْ بَبَعْضِ مَا آتَيْنَاهُمْ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ رِفَاحَةً مُبَيَّنَّةً »^(١) ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ، ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

وأما المحظور فالطلاق في الحيض ، أو في طهر جامعها فيه . أجمع العلماء في جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة ، لأن المطلق خاف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى : « فَطَلَقُوهُمْ لَمُدَّتْهُمْ »^(٢) وقال النبي صلى الله عليه وسلم : « ان شاء طلق قبل أن يس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء »^(٣) . وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ، ثم أراد أن يقبضها بتطليقتين آخرتين^(٤) عند القرأين ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ، ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة ، والسنة : أن تستقبل الطهر ، فتطابق لسكل قرء » . ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها ، فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض . وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملاً فيندم ، وتكون مرتابة لا تدري أتمد بالحل أو الأقراء ؟

﴿ مسألة ﴾

٥٧٣٨

قال ﴿ وطلاق السنة : أن يطلقها طاهراً من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ﴾

(٣) أخرجه البخاري عن ابن عمر (ف)

(٢) سورة الطلاق آية ١

(١) سورة النساء آية ١٩

(٤) لفظ الدارقطني ص ٤٣٨ طبع الهند (آخرين) (ف)

معنى طلاق السنة : الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم في الآية والخبرين المذكورين ، وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه ، ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه ثم تركها حتى تنقضى عدتها أنه مصيب للسنة ، مطلق للمدة التي أمر الله بها . قاله ابن عبد البر ، وابن المنذر .

وقال ابن مسعود : طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع ، وقال في قوله تعالى : « قَطَّلُوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ » قال : طاهرًا من غير جماع ، ونحوه عن ابن عباس ، وفي حديث ابن عمر الذي روينا به : « ليركها^(١) حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك المدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » . فأما قوله : ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ، فعنه أنه لا يقبعا طلاقًا آخر ، قبل قضاء عدتها . ولو طلقها ثلاثًا في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد ، قال أحمد : طلاق السنة واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض ، وكذلك قال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيد . وقال أبو حنيفة والثوري : السنة أن يطلقها ثلاثًا في كل قرء طلقة ، وهو قول سائر الكوفيين . واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي صلى الله عليه وسلم : « راجعها ، ثم أمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر » . قالوا وإنما أمره بإمسكها في هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل ، فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها . وقوله في حديثه الآخر : « والسنة أن يستقبل الطهر ، فيطلق لكل قرء » .

وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال : « طلاق السنة أن يطلقها نطقًا وهي طاهر في غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة » .

ولنا : ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : « لا يطلق أحد للسنة فيندم » رواه الأثرم ، وهذا إنما يحصل في حق من لم يطلق ثلاثًا . وقال ابن سيرين : إن عليًا كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدًا ، يطلقها نطقًا ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثًا ، فمضى شاء راجعها » رواه النجاد بإسناده .

وروى ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال : « طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها أو يراجعها إن شاء » فأما حديث ابن عمر الأول فلا حجة لهم فيه ، لأنه ليس فيه جمع الثلاث . وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها

(١) أخرجه البخاري عن ابن عمر بهذا اللفظ غير أنه قال « ليسكها » بدل (ليركها) (ف) .

كان للسنة على كل حال ، حتى قد قال أبو حنيفة : لو أمسكها بيده لشهوة ، ثم والى بين الثلاث ، كان مصيبا للسنة ، لأنه يكون مرتجعا لها ، والمعنى فيه : أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى ، فصارت كأنها لم توجد ، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى ، إذا احتاج إلى فراق امرأته ، بخلاف ما إذا لم يرتجعها ، فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانيتها ، فافترقا ، ولأن ما ذكره إرداف طلاق من غير ارتجاع ، فلم يكن للسنة ، كجمع الثلاث في طهر واحد ، وتحريم المرأة لا يزول إلا بزواج وإصابة من غير حاجة ، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث .

(فصل)

٥٧٣٩

فإن طلق للبدعة ، وهو أن يطلقها حائضا ، أو في طهر أصابها فيه أثم ووقع طلاقه في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر ، وابن عبد البر : لم يخالف في ذلك إلا أهل البدع والضلال . وحكاه أبو نصر عن ابن عليه ، وهشام بن الحكم ، والشيعة . قالوا : لا يقع طلاقه ، لأن الله تعالى أمر به في قبْل (١) العدة (٢) ، فإذا طلق في غيره لم يقع ، كالوكيل إذا أوقعه في زمن أمره موكله بإيقاعه في غيره .

ولنا : حديث ابن عمر ، أنه طلق امرأته وهي حائض ، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها . وفي رواية الدارقطني قال : فقلت يا رسول الله ، أفرأيت لو أني طلقها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : « لا ، كانت تبين منك ، وتكون معصية » . وقال نافع : وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه ، وراجعها كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر : أفتعتد عليه ، أو تحسب عليه ؟ قال نعم ، أ رأيت إن عجز واستحق ؟ وكلها أحاديث صحاح ، ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوق كطلاق الحامل ، ولأنه ليس بقربة فيمتنع لوقوعه موافقة السنة ، بل هو لإزالة عصمة ، وقطع ملك ، فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه ، وعقوبة له ، أما غير الزوج فلا يملك الطلاق ، والزوج يملكه بملكه محله .

(فصل)

٥٧٤٠

ويستحب أن يراجعها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها (٣) ، وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذي حرم الطلاق ، ولا يجب ذلك في ظاهر المذهب ، وهو قول الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وابن أبي ليلى ، وأصحاب الرأي . وحكى ابن أبي موسى ، عن أحمد ، رواية أخرى :

(١) قبل العدة : بضم القاف والباء أى في أول الطهر حيث يمكنها الدخول في العدة والشروع فيها (ف)

(٢) في المخطوطة ٣٩ : مستقبلا للعدة .

(٣) في المخطوطة ١٨ : بالمراجعة .

أن الرجعة تجب ، واختارها ، وهو قول مالك ، وداود ، لظاهر الأمر في الوجوب ، لأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ههنا واجب ، بدليل تحريم الطلاق ، ولأن الرجعة إمساك للزوجة ، بدليل قوله تعالى : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »^(١) ، فوجب ذلك كما إمساكها قبل الطلاق . وقال مالك ، وداود : يجبر على رجعتها : قال أصحاب مالك : يجبر على رجعتها ما دامت في العدة ، إلا أشهب ، قال : ما لم تطهر ثم تحيض ، ثم تطهر ، لأنه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال ، فلا يجب عليه رجعتها فيه .

ولنا : أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه ، كالطلاق في طهر مسها فيه ، فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب ، حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء . وما ذكره من المعنى يفتقض بهذه الصورة . وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستعجاب لما ذكرنا .

(فصل)

٥٧٤١

فإن راجعها وجب إمساكها حتى تطهر ، واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ، ثم تطهر على ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عمر الذي روينا : قال ابن عبد البر : ذلك من وجوه عند أهل العلم .

منها : أن الرجعة لا تسكاد تعلم صحتها إلا بالوطء ، لأنه المبغى من النكاح ، ولا يحصل الوطء إلا في الطهر ، فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر ، واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته .

ومنها : أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة ، فلو طلقها عقب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول ، وكانت تبنى على عدتها ، فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء ، واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء ، فإذا وطئ حرم طلاقها ، حتى تحيض ثم تطهر . وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « مره أن يراجعها ، فإذا طهرت مسها ، حتى إذا طهرت أخرى ، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها » رواه ابن عبد البر .

ومنها : أنه عوقب على إيقاعه في الوقت المحرم ، بمنعه منه في الوقت الذي يباح له . وذكر غير هذا . فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسه فهو طلاق سنة . وقال أصحاب مالك : لا يطلقها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، على ما جاء في الحديث .

ولنا : قوله تعالى : « فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ »^(٢) وهذا إطلاق للعدة ، فيدخل في الأمر ، وقد روى يونس بن جبير ، وسعيد بن جبير ، وابن سيرين ، وزيد بن أسلم ، وأبو الزبير ، عن ابن عمر ، أن رسول

الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ، ثم إن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولم يذكروا تلك الزيادة . وهو حديث صحيح متفق عليه ، ولأنه طهر لم يمسها فيه ، فأشبهه الثانى ، وحديثهم محمول على الاستحباب .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٤٢

قال ﴿ ولو طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كان أيضاً للسنة ، وكان تاركاً للاختيار ﴾
اختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث .

فروى عنه أنه غير محرم ، اختاره الخرقى ، وهو مذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وداود . وروى ذلك من الحسن بن على ، وعبد الرحمن بن عوف ، والشعبى ، لأن عويمر الجبلاني لما لا عن امرأته قال : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . متفق عليه . ولم ينقل إنسكار النبى صلى الله عليه وسلم . وعن عائشة أن امرأة رقاعة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله إن رقاعة طلقني فبت طلاق . متفق عليه ، وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات ، ولأنه طلاق جاز تفرقه ، فجاز جمعه كطلاق النساء .

والرواية الثانية : أن جمع الثلاث طلاق بدعة محرم ، اختارها أبو بكر ، وأبو حفص . روى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة ، قال على رضى الله عنه : « لا يطلق أحد للسنة فيندم » ، وفي رواية قال : « يطلقها واحدة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض ، فتى شاء راجعها » . وعن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا أتى برجل طلق ثلاثاً أوجعه ضرباً ، وعن مالك بن الحارث قال : جاء رجل إلى ابن عباس ، فقال : إن عمتي طلق امرأتها ثلاثاً ، فقال إن عمك عمتى الله ، وأطاع الشيطان ، فلم يجعل الله له مخرجاً ، ووجه ذلك قول الله تعالى : يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِمِذْنِهِنَّ إِلَى قَوْلِهِ : « لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا »^(١) ثم قال بعد ذلك : « وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا » . « وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا » ومن جمع الثلاث لم يبق له أمر يحدث ، ولا يجعل الله له مخرجاً ، ولا من أمره بسراً .

وروى النسائى بإسناده عن محمود بن لبيد ، قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فغضب ثم قال : « أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ » . حتى قام رجل فقال : يارسول الله ، ألا أقتله ، وفي حديث ابن عمر ، قال : قلت : يارسول الله ، أرايت لو طلقها ثلاثاً ؟ قال : « إذا عصيت ربك وبانت منك امرأتك » . وروى الدارقطنى بإسناده عن على قال . سمع النبى

صلى الله عليه وسلم رجلاً طلق ألبتة فغضب وقال : « تتخذون آيات الله هزواً ، أو دين الله هزواً أو لعباً ؟ من طلق البتة أزمناه ثلاثاً ، لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره » . ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج ، من غير حاجة ، فحرم كالظهار ، بل هذا أولى ، لأن الظهار يرتفع بتحريمه بالنكاح ، وهذا لاسبيل الزوج إلى رفعه بحال ، ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبأمراته من غير حاجة ، فيدخل في عموم النهي ، وربما كان وسيلة إلى عوده إليها حراماً ، أو بحيلة لا تزيل التحريم ، ووقوع الندم وخسارة الدنيا والآخرة ، فكان أولى بالتحريم من الطلاق في الحيض الذي ضرره بقاءها في العدة أياماً يسيرة ، أو الطلاق في طهر مسها فيه ، الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل ، فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافاً كثيرة ، فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة^(١) رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم ، فيكون ذلك إجماعاً .

وأما حديث المتلاعنين فغير لازم ، لأن الفرقة لم تقع بالطلاق ، فإنها وقعت بمجرد لعانها وعند الشافعي بمجرد لعان الزوج ، فلا حجة فيه ، ثم إن اللعان يوجب تحريماً مؤبداً ، فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساح النكاح بالرضاع أو غيره ، ولأن جمع الثلاث ربما حرم لما يعقبه من الندم ، ويحصل به من الضرر ، وبفوت عليه من حل نكاحها ، ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان ، لحصوله باللعان . وسائر الأحاديث لم يقع فيها جمع الثلاث ، بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ، فيكون مقراً عليه ، ولا حضر المطلق عند النبي صلى الله عليه وسلم حين أخبر بذلك لينكر عليه ، على أن حديث فاطمة قد جاء فيه : أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها ، وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات . متفق عليه ، فلم يكن^(٢) في شيء من ذلك جمع الثلاث ، ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والأولى : أن يطلق واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، إلا ما حكي من قول من قال : إنه يطلقها في كل قرء طليقة . والأول أولى ، فإن في ذلك تشالاً لأمر الله سبحانه ، وموافقة لقول السلف ، وأمناً من الندم ، فإنه متى ندم راجعها ، فإن فاته ذلك بانقضاء عدتها فله نكاحها ، قال محمد بن سيرين : إن علياً كرم الله وجهه قال : « لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ، يطلقها تطليقة ، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً ، فتحيض ثلاثاً ، فليمنه ، حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها تطليقة في غير جماع ، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها ، ولا يطلقها ثلاثاً وهي حامل ، فيجمع الله عليه نفقتها وأجر رضاعها ، ويندمه الله ، فلا يستطيع إليها سبيلاً .

(١) في المخطوطة ٣٩ : من سينا من الصحابة .

(٢) في نسخة . فلم يكره .

(فصل — ل)

٥٧٤٣

وإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث ، وحرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده ، روى ذلك عن ابن عباس ، وأبي هريرة وابن عمر ، وعبد الله بن عمرو ، وابن مسعود ، وأنس ، وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم .

وكان عطاء ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، وأبو الشعثاء ، وعمرو بن دينار . يقولون : من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة . وروى طاوس ، عن ابن عباس ، قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأبي بكر ، وسنتين من خلافة عمر ، طلاق الثلاث واحدة » رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير ، وعمرو بن دينار ، ومجاهد ، ومالك بن الحارث ، عن ابن عباس ، خلاف رواية طاوس ، أخرجه أيضاً أبو داود . وأفتى ابن عباس بخلاف ما رواه عنه طاوس : وقد ذكرنا حديث ابن عمر : أرايت لو طلقته ثلاثا . وروى الدارقطني ^(١) بإسناده عن عبادة بن الصامت قال « طلق بعض آبائي امرأته ألفاً ، فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا يارسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفاً فهل له مخرج ؟ فقال « إن أباهم لم يبق الله فيجعل له من أسرة مخرجاً ، بانت منه بثلاث على غير السنة ، وتسمائة وسبعة وتسعون ثم في عنقه ، ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا ، فصح مجتمعا كسائر الأملاك ، أما حديث ابن عباس فقد صححت الرواية عنه بخلافه ^(٢) وأفتى أيضاً بخلافه ، قال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس ، بأي شيء تدفعه ؟ فقال : أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ، ثم ذكر عن عدة عن ابن عباس من وجوه أنها ثلاث ، وقيل : معنى حديث ابن عباس : أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله ^(٣) صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ، وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ وأبي بكر ، ولا يسوغ لابن عباس أن يروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويفتي بخلافه ،

(فصل — ل)

٥٧٤٤

وإن طلق اثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة ، لأنه لم يحرمها على نفسه ، ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ، ولكنه ترك الاختيار ، لأنه فوت على نفسه طلاقة جمعها الله له من غير فائدة تحصل بها ، فكان فكروها كتمضييع المال .

﴿مسألة — أ﴾

٥٧٤٥

قال (وإذا قال لها: أنت طالق للسنة وكانت حاملا، أو طاهراً لم يجامعها فيه فقد وقع الطلاق ، وإن

(١) انظر سنن الدارقطني ص ٤٣٩ (٢) في المخطوطة ١٨ ، بخلاف ذلك

(٣) في المخطوطة ٣٩ ، على عهد النبي صلى الله عليه وسلم

- كانت حائضاً لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة مجامعة فيه ، فإذا ظهرت من الحيضة المستقبلة لزمها الطلاق ﴿

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة^(١) فعناه في وقت السنة . فإن كانت طاهرة غير مجامعة فيه فهو وقت السنة على ما أسلفناه ، وكذلك إن كانت حاملاً . قال ابن عابد البر : لا خلاف بين العلماء أن الحامل طلاقاً للسنة . وقال أحمد : أذهب إلى حديث سالم ، عن أبيه . ثم ليطلقها طاهرة أو حاملاً وأخرجه مسلم وغيره ، فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل ، فطلاق السنة ما وافق الأمر ، ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة ، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم ، وليست مرتابة لعدم اشتباه الأمر عليهما ، فإذا قال : لها أنت طالق للسنة في هاتين الحالتين طلقت ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، فوقعت في الحال ، وإن قال ذلك لحائض لم تقع في الحال ، لأن طلاقها طلاق بدعة ، لكن إذا طهرت طلقت ، لأن الصفة وجدت حينئذ ، فصار كأنه قال : أنت طالق في النهار ، فإن كانت في النهار طلقت ، وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار . وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر ، لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة ، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ ، لأن الصفة وجدت^(٢) وهذا (كله)^(٣) مذهب الشافعي ، وأبي حنيفة . ولا أعلم فيه مخالفاً . فإن أولج في آخر الحيض ، واتصل بأول الطهر ، أو أولج مع أول الطهر ، لم يقع الطلاق في ذلك الطهر ، لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله . وهذا كله مذهب الشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

(فصل)

٥٧٤٦

إذا انتقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة ، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل . كذلك قال أحمد ، وهو ظاهر كلام الخرق ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك ، وإن انتقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل ، أو تقيم عند عدم الماء ، وتصل ، أو يخرج عنها وقت صلاة ، لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها .

ولنا : أنها طاهر ، فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض ، والدليل على أنها طاهر : أنها تؤمر بالفسل ، ويلزمها ذلك ، ويصح منها ، وتؤمر بالصلاة ، وتصح صلاتها ، ولأن في حديث ابن عمر : « فإذا طهرت طلقتها إن شاء » وما قاله غير صحيح ، فإننا لو لم نحكم بالطهر لما أمرناها بالفسل ، ولا صح منها .

(١) في المخطوطة ١٨ : طلاق السنة (٢) في المخطوطة ١٨ لأن الصفة موجودة (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

٥٧٤٧

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو قال لها: أنت طالق للبدعة، وهى فى طهر لم يصبها فيه لم تطلق حتى يصبها، أو تحيض﴾
هذه المسألة عكس تلك، فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة. فإن قال ذلك لحائض أو طاهر بمجاعة فيه.
وقع الطلاق فى الحال، لأنه وصف الطلقة بصفتها، وإن كانت فى طهر لم يصبها فيه لم يقع فى الحال، فإذا
حاضت طلقت بأول جزء من الحيض، وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين، فإن نزع من غير توقف فلا شيء
عليها، وإن أوج بعد النزع فقد وطئ مطلقته، ويأتى بيان حكم ذلك. وإن أصابها واستدام ذلك فسنذكرها
أيضاً إن شاء الله تعالى فيما بعد.

(فصل)

٥٧٤٨

فإن قال طاهر: أنت طالق للبدعة فى الحال، فقد قيل: إن الصفة تلفو، ويقع الطلاق. لأنه وصفها
بما لا تنصف به، فلفت الصفة^(١) دون الطلاق. ويحتمل أن تطلق فى الحال ثلاثاً، لأن ذلك طلاق بدعة،
فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الأخرى. وإن قال لحائض: أنت طالق للسنة
فى الحال لنت الصفة، ووقع الطلاق، لأنه وصف الطلقة بما لا تنصف به. وإن قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة،
وثلاثاً للبدعة، طلقت ثلاثاً فى الحال، بناء على ما سنذكره.

(فصل)

٥٧٤٩

وإن قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة فالمنصوص عن أحمد أنها تطلق ثلاثاً إن كانت طاهراً غير مجاعة
فيه^(٢) وإن كانت حائضاً طلقت ثلاثاً إذا ظهرت وهذا مذهب الشافعى، قال القاضى، وأبو الخطاب: هذا
على الرواية التى قال فيها: إن جمع الثلاث يكون سنة فأما على الرواية الأخرى فإذا ظهرت طلقت واحدة،
وتطابق الثانية والثالثة فى نكاحين آخرين، أو بعد رجعتين. وقد أنكر أحمد هذا فقال فى رواية مهنا،
إذا قال لاسرته: أنت طالق ثلاثاً للسنة: قد اختلفوا فيه، فمنهم من يقول يقع عليها الساعة واحدة، فلو
راجعها تقع تطليقة أخرى، وتكون عنده على أخرى وما يعجبني قولهم هذا، فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث
لأن ذلك عنده سنة، ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تنصف به، فألغى الصفة وأوقع الطلاق، كما لو
قال لحائض: أنت طالق فى الحال للسنة. وقد قال فى رواية أبي الحارث ما يدل على هذا، قال: يقع عليها الثلاث
ولامعنى: أقوله للسنة.

وقال أبو حنيفة: يقع فى كل قرء طلقة، وإن كانت من ذوات الأشهر وقع فى كل شهر طلقة، وبنياه
على أصله فى أن السنة تفريق الثلاث على الأطهار، وقد بينا أن ذلك فى حكم جمع الثلاث، فإن قال: أردت

(٢) فى المخطوطة ٣٩: ولم تجامع فيه

(١) فى المخطوطة ١٨: فتأخرو الصفة

بقولى للسنة إيقاع واحدة فى الحال ، واثنيتين فى نكاحين آخرين ، قبل منه ، وإن قال : أردت أن يقع فى كل قرء طلقة قبل أيضاً لأنه مذهب طائفة من أهل العلم ، وقد ورد به الأثر ، فلا يبعد أن يريد ، وقال أصحابنا : يدين . وهل يقبل فى الحكم ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يقبل ، لأن ذلك ليس بسنة ^(١) والثانى : يقبل لمساقدنا ، فإن كانت فى زمن البدعة ، فقال : سبق لسانى إلى قول السنة ، ولم أرد ، وإنما أردت الإيقاع فى الحال وقع فى الحال لأنه مالك لإيقاعها فإذا اعترف بما يوقعها قبل منه .

(فصل)

٥٧٥٠

إذا قال : أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة ، وبعضهن للبدعة طلقت فى الحال طلقتين ، وتأخرت الثالثة إلى الأخرى ، لأنه سوى بين الحالين ، فاقصى الظاهر أن يكونا سواء ، فيقع فى الحال طلقة ونصف ، ثم بكل النصف ليكون الطلاق لا يقبض ، فيقع طلقتان . ويحتمل أن تقع طلقة ، وتأخر اثنتان إلى الحال الأخرى ، لأن البعض يقع على مادون الكل ، ويتناول القليل من ذلك والكثير ، فيقع أقل ما يقع عليه الاسم ، لأنه اليقين ، وما زاد لا يقع بالشك ، فيتأخر إلى الحال الأخرى .

فإن قيل : فلم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم تكمل فيقع الثلاث ؟ قلنا : متى أمكنت القسمة من غير تكسير ^(٢) وجبت القسمة على الصحة . وإن قال : نصفهن للسنة ، ونصفهن للبدعة ، وقع فى الحال طلقتان ، وتأخرت الثالثة . وإن قال : طلقتان للسنة ، وواحدة للبدعة ، أو : طلقتان للبدعة ، وواحدة للسنة ، فهو على ما قال : وإن أطلق ثم قال : نويت ذلك ، فإن فسر نيته بما يوقع فى الحال طلقتين قيل لأنه مقتضى الإطلاق ، ولأنه غير متهم فيه . وإن فسرهما بما يوقع طلقة واحدة ، وبؤخر اثنتين ، دين فيما يدينه وبين الله تعالى : وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان .

أظهرهما : أنه يقبل ، لأن البعض حقيقة فى القليل والكثير ، فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة ، فيجب أن يقبل .

والثانى : لا يقبل ، لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ، ومذهب الشافعى على نحو هذا ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضها للسنة ، ولم يذكر شيئاً آخر ، احتمل أن تكون كالتى قبلها ، لأنه يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة ، فأشبهه ما لو صرح به ، ويحتمل أنه لا يقع فى الحال إلا واحدة ، لأنه لم يسو بين الحالين ، والبعض لا يقتضى النصف ، فتقع الواحدة لأنها اليقين ، والزائد لا يقع بالشك ، وكذلك لو قال : بعضها للسنة ، وباقيها للبدعة ، أو سائرهما للبدعة .

(١) فى المخطوطة ١٨ ليس بطلاق سنة .

(٢) فى المخطوطة ٣٩ : من غير كسر .

(فصل)

٥٧٥١

إذا قال : أنت طالق إذا قدم زيد ، فقدم وهى حائض ، طلقت للبدعة ، ولم يأنم ، لأنه لم يقصده . وإن قال : أنت طالق إذا قدم زيد للسنة ، فقدم فى زمان السنة طلقت ، وإن قدم فى زمان البدعة لم يقع ، حتى إذا صارت إلى زمان السنة وقع ، وبصير كأنه قال : حين قدم زيد أنت طالق للسنة ، لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة ، فلا يقع إلا عليها . وإن قال لها : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها ، طلقت عند قدومه ، حائضاً كانت أو طاهراً ، لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة ، وإن قدم بعد دخوله بها وهى فى طهر لم يصحبها فيه ، طلقت ، وإن قدم فى زمن البدعة لم تطلق حتى يحىء زمن السنة ، لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة : وإن قال لامرأته : أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة ، فساكن رأس الشهر فى زمان السنة وقع ، وإلا وقع إذا جاء زمان السنة .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٥٢

قال ﴿ ولو قال لها وهى حائض ولم يدخل بها : أنت طالق للسنة طلقت من وقتها ، لأنه لا سنة فيه ولا بدعة ﴾

قال ابن عبد البر : أجمع العلماء [على] أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها ، أما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة ولا بدعة إلا فى عدد الطلاق ، على اختلاف بينهم فيه ، وذلك لأن الطلاق فى حق المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء إنما كان له سنة وبدعة ، لأن العدة تطول عليها بالطلاق فى الحيض ، وترتاب بالطلاق فى الطهر الذى لم جامعها فيه ، وينتفى عنها الأمران بالطلاق فى الطهر الذى لم يجامعها فيه . أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تنفى^(١) تطويلها أو الارتباب فيها ، وكذلك ذوات الأشهر كالصفيرة التى لم تحض ، والآيسات [من] الحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة ، لأن العدة لا تطول بطلاقها فى حال ، ولا تحمل فترتاب ، وكذلك الحامل التى استبان حملها ، فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة ، من جهة الوقت ، فى قول أصحابنا وهو مذهب الشافعى ، وكثير من أهل العلم . فإذا قال لإحدى هؤلاء : أنت طالق للسنة أو للبدعة . وقعت الطائفة فى الحال ، ولغت الصفة ، لأن طلاقها لا يتصف بذلك ، فصار كأنه قال : أنت طالق ولم يزد ، وكذلك إن قال : أنت طالق للسنة والبدعة . أو قال : أنت طالق لا للسنة ، ولا للبدعة ، طلقت فى الحال ، لأنه وصف الطلقة بصفتها ، ويحتمل كلام الخرق : أن يكون للحامل طلاق سنة ، لأنه طلاق أمر به بقوله عليه السلام : « ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً » ، وهو أيضاً ظاهر كلام

(١) هكذا فى النسخ وفى طبعة النار من ٢٤٩ وفى الشرح الكبير « فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أو الارتباب

فيها » وهو غير واضح والمراد (فانتنى تطويلها أو الارتباب فيها) (ف)

أحمد فإنه قال: أذهب إلى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ، ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها إلى زمان البدعة ، فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة^(١) ويتفرع من هذا أنه لو قال لها : أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فإذا وضعت الحمل طالت ، لأن النفاس زمان بدعة كالحيض .

(فصل)

٥٧٥٣

وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها : أنت طالق للبدعة ، ثم قال: أردت إذا حاضت الصغيرة ، أو أصيبت غير المدخول بها ، أو قال لها : أنتما طالقتان للسنة . وقال : أردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي . أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعي . لأنه خلاف الظاهر فأشبهه ما لو قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار .

والثاني : يقبل وهو الأشبه بمذهب أحمد . لأنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها .

(فصل)

٥٧٥٤

وإذا قال لها في طهر جامعها فيه : أنت طالق للسنة فيئست من الحيض لم تطلق . لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له ، فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة ، فلم توجد الصفة ، فلا يقع . وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا ، إلا على قول من جعل طلاق الحامل طلاق سنة ، فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة ، كما لو حاضت ثم طهرت .

(فصل)

٥٧٥٥

إذا قال أنت طالق في كل قرء طلقة ، وهي من ذوات القرء وقع في كل قرء طلقة . فإن كانت في القرء وقعت بها واحدة في الحال ، ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولها ، سواء قلنا : القرء الحيض ، أو : الأطهار . وسواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الأولى ، فإن تزوجها وقع بها القرء الثاني طلقة أخرى ، وكذلك الحكم في الثالثة . وإن كانت صغيرة وقلنا : القرء الحيض ، لم تطلق حتى تحيض ، فتطلق في كل حيضة طلقة . وإن قلنا : القرء الأطهار ، احتمل أن تطلق في الحال واحدة ، ثم لا تطلق حتى تحيض ، ثم تطهر فتطلق الثانية ، ثم الثالثة في الطهر الآخر ، ثم تطهر ، لأن

(١) في المخطوطة ١٨ : من غير جماع

الطهر قبل الحيض كله قرء واحد . ويحتمل ألا تطلق حتى تطهر بعد الحيض ، لأن القرء هو الطهر بين الحيضتين ، وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهن . والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة^(١) ، لأن زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهن إذا قلنا : الأقراء : الأطهار .

والوجه الآخر : ليس بقرء على كل حال ، وإن كانت آيسة فقال القاضي : تطلق واحدة على كل حال . لأنه علق طلاقها بصفة تستحيل فيها ، فلفت ووقع بها الطلاق ، كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة . وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوضعه . لأن عدتها تنقضي به ، فلم يلحقها طلاق آخر ، وإن استأنز ، نكاحها ، أو راجعها قبل وضع حملها ، ثم طهرت من النفاس ، طلقت أخرى ، ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة .

(فصل)

٥٧٥٦

فإن قال : أنت طالق للسنة إن كان الطلاق يقع عليك للسنة ، وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة ، وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ، ولم يقع بحال ، لأن الشرط ما وجد . وكذلك إن قال : أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة . إن كانت في زمن البدعة وقع ، وإلا لم يقع بحال . فإن كانت ممن لاسنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين .

أحدهما : لا يقع في المسألتين ، لأن الصفة ما وجدت ، فأشبهه ما لو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية^(٢) . ولم تكن هاشمية .

والثاني : تطلق ، لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغى ، ووقع الطلاق كما لو قال . أنت طالق للسنة ، والأول أشبه ، وللشافعية وجهان كهذين .

(فصل)

٥٧٥٧

فإن قال : طالق أحسن الطلاق ، أو أجمله ، أو أعدله ، أو أكمله ، أو أتمه ، أو أفضله ، أو قال : طلقة حسنة ، أو جميلة ، أو عدلة ، أو سنية ، كان ذلك كله عبارة عن طلاق السنة ، وبه قال الشافعي . وقال محمد بن الحسن : إذا قال : أعدل الطلاق أو أحسنه ، ونحوه كقولنا . وإن قال : طلقة سنية ، أو عدلة ، وقع الطلاق في الحال ، لأن الطلاق لا يتصف بالوقت ، والسنة والبدعة وقت ، فإذا وصفها بما لا يتصف به سقطت الصفة ، كما لو قال لغير الدخول بها : أنت طالق لطلقة رجعية . أو قال لها : أنت طالق للسنة أو البدعة .

(١) في المخطوطة ١٨ : وحكم الحامل كحكم الصغيرة . (٢) في المخطوطة ١٨ إن كنت من بني هاشم .

ولنا : أن ذلك عبارة عن طلاق السنة ، ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك الوقت موافقا للسنة ، مطابقا للشرع ، فهو كقوله أحسن الطلاق . وفارق قوله طلاق رجسية ، لأن الرجعة لا تكون إلا في مدة ، ولا عدة لها ، فلا يحصل ذلك بقوله : فإن قال : نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في حال الحيض ، لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ، ولم أرد الوقت ، وكانت في الحيض ، وقع الطلاق ، لأنه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ . وإن كانت في حال السنة دَيْنَ فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين كما تقدم .

(فصل)

٥٧٥٨

فإن عكس ، فقال : أنت طالق أقبح الطلاق ، وأسمجه ، أو أخشه ، وأنتنه ، أو أرداه ، حمل على (طلاق)^(١) البدعة ، فإن كانت في وقت البدعة ، وإلا وقف على مجيء زمان البدعة ، وحكى عن أبي بكر : أنه يقع ثلاثا ، إن قلنا : إن جمع الثلاث بدعة . وينبغي أن تقع الثلاث في وقت البدعة ، ليكون جامعا لبدعتي الطلاق ، فيكون أقبح الطلاق . وإن نوى بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول : إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق ، لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك ، وجميل طريقتك ، وقع في الحال ، وإن قال : أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق من نفسه إلى زمن السنة لم يقبل ، لأن لفظه لا يحتمله ، وإن قال أنت طالق طلاق حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال : لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلفيا ، وبقي مجرد الطلاق . فإن قال : أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة ، وقبيحة لإضرارها بك : أو قال : أردت أنها حسنة لتغايصي من شرِّك ، وسوء خلقك ، وقبيحة لكونها في زمان البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق عنه دَيْنَ ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين .

(فصل)

٥٧٥٩

فإن قال : أنت طالق طلاق الحرج ، فقال القاضي : معناه طلاق البدعة . لأن الحرج الضيق ، والإثم ، فكأنه قال . طلاق الإثم ، وطلاق البدعة طلاق إثم . وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه : أنه يقع ثلاثا^(٢) ، لأن الحرج الضيق ، والذي يضيق عليه ، ويمنعه الرجوع إليها ، ويمنعها الرجوع إليه هو الثلاث ، وهو مع ذلك (طلاق)^(٣) بدعة ، وفيه إثم ، فيجتمع عليه الأمران : الضيق ، والإثم ، وإن قال : طلاق الحرج والسنة ، كان كقوله طلاق البدعة والسنة .

(١) ساقطة من المخطوطات التي بين أيدينا . (٢) في المخطوطة ٣٩ أنه ثلاث .

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩ . (٤) في المخطوطة ١٨ : عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٥٧٦٠

﴿مسألة﴾

قال (وطلاق الزائل العقل بلا سكر لا يقع)

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو مافى معناه لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعي ، والشعبي ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه لا طلاق له ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « رفع ^(١) القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢) أنه قال : « كل الطلاق جائز ، إلا طلاق المعتوه المألوب على عقله » . رواه النجاد . وقال الترمذى : لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان ، وهو ذاهب ^(٣) الحديث . وروى بإسناده عن علي مثل ذلك . ولأنه قول يزيل الملك ، فاعتبر له العقل كالبيع ، وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو إكراه على شرب خمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ولا يعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ، ولا نعلم فيه خلافاً . فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالمًا به ، متلاعبًا ، فحكمه حكم السكران في طلاقه . وبهذا قال أصحاب الشافعي . وقال أصحاب أبي حنيفة : لا يقع طلاقه ، لأنه لا يلتذ بشربها . ولنا : أنه زال عقله بمصية ، فأشبهه السكران .

(فصل)

٥٧٦١

قال أحمد في المغنى عليه إذا طلق ، فلما أفاق علم أنه كان مغفياً عليه ، وهو ذاكر لذلك ، فقال : إذا كان ذاكرًا لذلك فليس هو مغفياً عليه ، يجوز طلاقه . وقال في رواية أبي طالب في المجنون بطلاق ، فقبل له بعد ما أفاق : إنك طلقت امرأتك . فقال : أنا أذكر أني طلقت ولم يكن عقلي معي . فقال : إذا كان يذكر أنه طلق ، فقد طلقت . فلم يجعله مجنونًا ، إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به . وهذا والله أعلم فبين جنونه بذهاب معرفته بالكلية ، وبطلان حواسه . فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسماً ، فإنه يسقط حكم تهرفه ، مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية ، فلا يضره ذكره للطلاق ، إن شاء الله تعالى

(١) رواه أحمد وأبو داود والحاكم عن علي وعمر بلفظ « رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المألوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم » - ورواه البخارى تعليقاً عن علي ج ٧ ص ٥٩ (ف) .

(٢) في المخطوطة ١٨ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(٣) انظر الترمذى بشرح ابن العربي ج ٥ ص ١٦٧ (ف) .

٥٧٦٢

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وعن أبي عبد الله رحمه الله في السكران روايان : رواية يقع الطلاق ، ورواية لا يقع ، ورواية يتوقف عن الجواب ، ويقول : قد اختلف فيه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴾
أما التوقف عن الجواب فليس بقول في المسألة ، إنما هو ترك للقول فيها وتوقف عنها لتعارض الأدلة فيها ، وإشكال دليلها ، ويبقى في المسألة روايتان .

إحداها : يقع طلاقه ، اختارها أبو بكر الخلال ، والقاضي ، وهو مذهب سعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومجاهد ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، وميمون بن مهران ، والحكم ، ومالك ، والثوري والأوزاعي ، والشافعي في أحد قوليه ^(١) وابن شبرمة ، وأبي حنيفة ، وصاحبيه ، وسليمان بن حرب ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه » ومثل هذا عن علي ومعاوية ، وابن عباس قال ابن عباس : طلاق السكران جائز ، إن ركب معصية من معاصي الله نفعه ذلك ؟ ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالذف ، بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي . قال : أرسلني خالد إلى عمر ، فأتيته في المسجد ومعه عثمان ، وعلي ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير ، فقلت : إن خالداً يقول : إن الناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هؤلاء عندك فسلمهم ، فقال علي : نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افتري ، وعلي المفتري ثمانون ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ، فجعلوه كالصاحي ، ولأنه إيقاع للطلاق من مكلف غير مكروه ، صادف ملكه ، فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ، ويدل على تكليفه أنه يقتل بالقتل ، ويقطع بالسرقة ، وبهذا فارق المجنون .

والرواية الثانية : لا يقع طلاقه ، اختارها أبو بكر عبد العزيز ^(٢) وهو قول عثمان رضي الله عنه ، ومذهب عمر بن عبد العزيز ، والقاسم ، وطاوس ، وربيعه ، ويحيى ، الأنصاري ، والليث ، والعنبري ، وإسحاق ، وأبي ثور ، والمزني ^(٣) قال ابن المنذر : هذا ثابت عن عثمان . ولأنهم أحداً من الصحابة خالفه وقال أحمد : حديث عثمان أرفع شيء فيه . وهو أصح ، بمعنى من حديث علي وحديث الأعمش منصور لا يرفعه إلى علي ولأنه زائل العقل أشبه المجنون ، والنائم ولأنه مفقود الإرادة أشبه المسكره ، ولأن العقل شرط للتكليف إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ، ولا فرق بين زوال الشرط

(١) قال القفال : ومن أصحابنا من قال : يقع طلاق السكران قولاً واحداً ولعل ما رواه المزني حكاه الشافعي عن غيره (حلية العلماء ١/ ٦٤٦٦) خط

(٢) في المخطوطة ٣٩ : ابن عبد العزيز وهو خطأ . (٣) ودلود الظاهري (حلية العلماء ١/ ٤٦٦) خط

بمعصية أو غيرها ^(٤) بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلى قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفسست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجرت سقط [عنه] التكليف . وحديث أبي هريرة لا يثبت . وأما قتله وسرقته فهو كسألتنا .

(فصل)

٥٧٦٣

والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحكم في طلاقه ، لأن المغنى في الجميع واحد ، وقد روى عن أحمد في بيعه وشرائه الروايات الثلاث ، وسأله ابن منصور : إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع ، فقال : أجبن ^(٥) عنه ، لا يصح من أمر السكران شيء ، وقال أبو عبد الله ابن حامد : حكم السكران حكم الصاحي ، فيما له وفيما عليه ، فأما فيما له وعليه كالبيع والنكاح والمواضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء ، وقد أومأ إليه أحمد ، والأولى أن ماله أيضاً لا يصح منه ، لأن تصحيح تصرفاته فيما عليه مؤاخذه له . وليس المؤاخذه تصحيح تصرف له .

(فصل)

٥٧٦٤

وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ، ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، ونعله من نعل غيره ، ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ » فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن ، أو ألغوا رداءه في الأردية ، فإن قرأ أم القرآن ، أو عرف رداءه ، وإلا فاقم عليه الحد . ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض ، ولا الذكر من الأنثى ، لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى .

﴿ مسألة ﴾

٥٧٦٥

قال ﴿ وإذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ﴾

وأما الصبي الذي لا يعقل فلا خلاف في أنه لا يطلق له ، وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع ، اختارها أبو بكر ، والخرقي ، وابن حامد . وروى

(١) علة وقوع طلاق السكران كما ذكرها القفال ثلاثة . أحدها وهو قول ابن سريج : أن سكره لا يمسح إلا من جهته ، وهو متهم في دعوى السكر لنفسه فعلى هذا يقع في الظاهر . والثاني . تغليب عليه لمعصيته فلماذا يصح منه ما فيه تغليب كالطلاق والعق . ولا يصح منه ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة . والثالث . لما كان سكره بمعصية سقط حكمه ، فجعل كالصاحي . وهو الصحيح . ولذلك صحح الشافعي رجوعه (حلية العلماء ١/٦٤٦ و ٦٤٧) خط

(٢) في الشرح السكيزج ٨ ص ٢٤٠ (أخبر عنه) بدل (أجبن عنه) وهو الصواب (ف)

نحو ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، والشعبى ، وإسحاق . وروى أبو طالب عن أحمد : لا يجوز طلاقه ، حتى يحتلم ، وهو قول النخعي ، والزهرى ، ومالك ، وحامد ، والثورى ، وأبى عبيد . وذكر أبو عبيد : أنه قول أهل العراق ، وأهل الحجاز ، وروى نحو ذلك عن ابن عباس ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ^(١) » ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ، ووجه الأولى قوله عليه السلام « الطلاق لمن أخذ بالساق ^(٢) » وقوله « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ^(٣) » وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : اكنتموا الصبيان النكاح ، فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل ، صادف محل الطلاق ، فوقع كطلاق البالغ .

(فصل)

٥٧٦٦

وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل ، وهو اختيار القاضى ، وروى عن أحمد أبو الحارث ^(٤) : إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع لدون العشر ، وهو اختيار أبى بكر ، لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية ، فكذلك هذا ، وعن سعيد بن المسيب ، إذا أحصى الصلاة ، وصام رمضان ، جاز طلاقه . وقال عطاء : إذا بلغ أن يصيب النساء ^(٥) ، وعن الحسن : إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان ، وقال إسحاق : إذا جاوز اثنتى عشرة .

(فصل)

٥٧٦٧

ومن أجاز طلاق الصبي اقتضى مذهبه أن يجوز توكيه فيه ، وتوكله لغيره ، وقد أوما إليه أحمد ، فقال في رجل قال لصبي : طلق امرأتى ، فقال : قد طلقك ثلاثا لا يجوز عليها ، حتى يعقل الطلاق ، ف قيل له : فإن كانت له زوجة صبية ، فقالت : صير امرئى إلى ، فقال لها : أمرك بيدك ، فقالت : قد اخترت نفسى ، فقال أحمد : ليس بشيء ، حتى يكون مثلها ، يعقل الطلاق . وقال أبو بكر : لا يصح أن يوكل حتى يبلغ ، وحكاه عن أحمد .

ولنا أن من صح تصرفه في شيء مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيه ووكالته فيه كالبالغ ، وما روى عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه إن شاء الله تعالى .

(١) سبق تخريجه ص ٣٧٨ (٢) أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ (إنما الطلاق . .) ف .

(٣) سبق تخريجه (٤) في المخطوطة ٣٩ . وروى أبو الحارث عن أحمد .

(٥) في المخطوطة ٣٩ . إذا صلح أن يصيب النساء .

(فصل)

٥٧٦٨

فأما السفية فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، منهم القاسم بن محمد ، ومالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه . ومنع منه عطاء . والأولى صحته ، لأنه مكلف مالك لحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد ، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه ، فيه كالمفلس .

﴿مسألة﴾

٥٧٦٩

قال ﴿ومن أكره على الطلاق لم يلزمه﴾

لا تختلف الرواية عن أحمد أن طلاق المكره لا يقع ^(١) ، وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن عمر ^(٢) ، وابن الزبير ، وجابر بن سمرة ، وبه قال عبد الله بن عبيد ، بن عمير ، وعكرمة ، والحسن ، وجابر بن زيد ، وشريح ، وعطاء ، وطاوس ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن عون ، وأبواب السخيتاني ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو عبيد ، وأجازة أبو قلابة والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وصاحبه ، لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه ، فينفذ كطلاق غير المكره ^(٣) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجه ^(٤) ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق في إغلاق » رواه أبو داود ^(٥) والأئرم قال أبو عبيد ، والفتيبي : معناه في إكراه . وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا طاهر النحويين فقالا : يريد الإكراه ، لأنه إذا أكره انطلق عليه رأيه ^(٦) ، ويدخل في هذا المغنى للمبرسم ، والمجنون ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا يخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

(١) في المخطوطة ١٨ : غير واقع .

(٢) بل روى عبد الزازق عن ابن عمر أنه أجاز طلاق المكره . انظر (الدراية ٧٠/٢) .

(٣) وبه قال قتادة أيضا . (المصدر السابق) (٤) رواه ابن الجوزي هكذا : إن الله عفى لكم عن

ثلاث : عن الخطأ والنسيان وما استكرهتم عليه (انظر التحقيق : مخطوط رقم ٢٣٩٤٨ ب)

(٥) ورواه أحمد وابن ماجه والحاكم وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه : وانظر

الحديث : « لا طلاق ولا عتاق في إغلاق » .

(٦) نقل ابن القيم رواية عن أبي داود « في غلاق » بكسر العين - ثم قال : والغلاق أظنه الغضب .

وقال حنبل : سمعت أبا عبد الله يعني أحمد بن حنبل يقول : هو الغضب . ذكره الحلال أبو بكر عبد العزيز

وانظر أحمد : يعني الغضب . انظر (إغاثة اللهمان ص ٥)

٥٧٧٠

(فصل)

وإن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولى على الطلاق بعد الترتيب إذا لم يبق ، وإكراه الرجلين اللذين زوجها وليان ، ولا يعلم السابق منها على الطلاق وقع الطلاق ، لأنه قول حمل عليه بحق ، فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ، ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود

٥٧٧١

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب مثل الضرب أو الخنق أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون القواعد كرهاً﴾

أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والفظ في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراهاً بلا إشكال ، لما روى أن المشركين أخذوا عماراً فأرادوه على الشرك^(١) فأعطاهم فأنهس إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول : «أخذك للمشركون ، فغطوك في الماء ، وأمروك أن تشرك بالله ، ففعلت ، فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» . رواه أبو حنيفة بإسناده ، وقال عمر رضي الله عنه : ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أوجعته [من الجوع] أو ضربته ، أو أوثقته ، وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراهاً ، فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد فيه روايتان .

إحداها : ليس بإكراه ، لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه : «أنهم أخذوك فغطوك في الماء» ، فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والرواية الثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه . قال في رواية ابن منصور : حد الإكراه إذا خاف القتل ، أو ضرباً شديداً ، وهذا قول أكثر الفقهاء^(٢) ، وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي^(٣) ، لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد ، فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى من وقوعه ، وإنما أبيض له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد ، وهو في الموضعين واحد ، ولأنه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبيح له الفعل أفضى إلى قتله ، وإلقائه بيده إلى الهلكة ، ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئاً ، لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه ، فيصل المكره إلى مراده ، ويقع الضرر

(١) أي : أرغموه على الشرك . (٢) في المخطوطة ١٨ : قول أكثر أهل العلم .

(٣) اختلف الشافعية في الضرب المبرح والحبس الطويل . فقال أبو إسحاق . ليس إكراهاً . والمذهب أنه إكراه . وقال أبو علي في الإنصاح : كله إكراه حتى لو توعد بالاستخفاف وهو رجل وجيه (حليّة العلماء ١/٦٤٧) خط .

بالمكره ، وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره ، وقد روى عن عمر رضي الله عنه في الذي تدلى يشتر (١) عسلاً ، فوقعت امرأته على الحبل ، وقالت : طلقني ثلاثاً وإلا قطعته . فذكرها الله والإسلام ، فقالت : لتفعلن أو لأفعلن ، فطلقها ثلاثاً ، فردّه إليها . رواه سعيد بإسناده ، وهذا كان وعيداً .

(فصل)

٥٧٧٢

ومن شرط الإكراه ثلاثة (٢) أمور :

أحدها : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب ، كاللص ونحوه ، وحكى عن الشعبي إن أكرهه اللص لم يقع طلاقه ، وإن أكرهه السلطان وقع . قال ابن عيينة . لأن اللص يقتله ، وعموم ما ذكرناه في دليل الإكراه بقناول الجميع ، والذين أكرهوا عماراً لم يكونوا لصوصاً ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمار : « إن عادوا فعد » ولأنه إكراه ، فنفع وقوع الطلاق ، كما إكراه اللصوص .

والثاني : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه .

والثالث : أن يكون مما يستتضر به ضرراً كثيراً ، كالقتل والضرب الشديد ، والقيود والحبس الطويلين . فأما الشتم والسب ، فليس بإكراه رواية واحدة ، وكذلك أخذ المال اليسير ، فأما الضرر اليسير فإن كان في حق من لا يبالى به فليس بإكراه ، وإن كان من ذوى المروءات على وجه يكون إخراجاً (٣) بصاحبه ، وغضاله وشهرته في حقه ، فهو كالضرب الكثير في حق غيره . وإن توعّد بتعذيب ولده (٤) فقد قيل : ليس بإكراه ، لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراهاً ، لأن ذلك عنده أعظم من أخذ ماله ، والوعيد بذلك إكراه ، فكذلك هذا .

(فصل)

٥٧٧٣

وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع ، لأنه غير مكره عليه ، وإن أكره على طلاق فطلق ثلاثاً وقع أيضاً لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دوسها وإن خلصت نيته في الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصده واختاره ، ويحتمل ألا يقع ، لأن اللفظ مرفوع عنه ، فلا يبقى إلا مجرد النية ، فلا يقع بها طلاق . وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تناول

(١) يشتر . يجنى .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : وشروط الإكراه ثلاثة . (٣) إخراجاً . طعننا يهت صاحبه ويدهشه (ف) .

(٤) في المخطوطة ١٨ : بتعذيب ابنه .

في يمينه ، فله تأويله ، ويقبل قوله في بيته ، لأن الإكراه دليل له على تأويله . وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع ، لأنه معذور ، وذكر أصحاب الشافعي وجهاً : أنه يقع ، لأنه لا مكره له على نيته . ولنا : أنه مكره عليه ، فلم يقع لعموم ما ذكرنا من الأدلة ، ولأنه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال ، فتفتوت الرخصة .

باب تصريح الطلاق وغيره

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ ، فلو نواه بقلبه^(١) من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم . منهم عطاء ، وجابر بن زيد ، وسعيد بن جبير ، ويحيى بن أبي كثير ، والشافعي ، وإسحاق ، وروى أيضاً عن القاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبي ، وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت ، وقال ابن سيرين فيمن طلق في نفسه أليس قد علمه الله ؟ .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ، ما لم تتكلم به أو تعمل » رواه النسائي والترمذي ، وقال : هذا حديث صحيح : ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بالنية كالبيع والمبة ، وإن نواه بقلبه وأشار بأصابعه لم يقع أيضاً لما ذكرناه . إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ ، فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح ، وكناية فالصريح يقع به الطلاق ، من غير نية ، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه^(٢) أو يأتي بما يقوم مقام نيته .

مسألة

٥٧٧٤

قال (وإذا قال : قد طلقتك ، أو قد فارقتك ، أو قد سرحتك ، لزما الطلاق) هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح . وما تصرف منهن . وهذا مذهب الشافعي ، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده ، وما تصرف منه لا غير وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك ، إلا أن مالكاً يوقع الطلاق به بغير نية ، لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيراً ، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ، ووجه الأول : أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين ، فكأننا صريحين فيه كلفظ الطلاق ، قال الله تعالى : « فَإِذَا سَأَلَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ »^(٣) وقال : « فَأَمَّا سَكُونُكُمْ بِمَعْرُوفٍ »^(٤) وقال سبحانه : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْيِهِ »^(٥) ، وقال

(١) في المخطوطة ١٨ . فلو نواه بالقلب . (٢) في المخطوطة ٣٩ : حتى ينوي .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٩ (٤) سورة البقرة آية ٢٣١ (٥) سورة النساء آية ١٣٠
(م ٤٩ — المضي — سابع)

سبحانه « فَتَمَّا لَئِنْ أُمِيتَ كُنْ وَاسْرَ خَسِرَ خَسِرَ سَرَّاحًا جَمِيلًا »^(١) . وقول ابن حامد أصح ، فإن الصريح في الشيء ما كان نصاً فيه لا يحتمل غيره ، إلا احتمالاً بعيداً ، ولقظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرة بين الزوجين فقد وردا لغير ذلك المعنى ، وفي العرف كثيراً قال الله تعالى : « وَاعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا »^(٢) : وقال : « وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ »^(٣) فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق على أن قوله « أَوْفَارُ قَهْنٍ بِمَعْرُوفٍ »^(٤) لم يرد به الطلاق . وإنما هو ترك ارتجاعها ، وكذلك قوله : « أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ »^(٥) ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق ، فإنه يختص بذلك ، سابق إلى الإفهام من غير قرينة ، ولا دلالة ، بخلاف الفراق والسراح . فعلى كلا القولين إذا قال : طلقك ، أو أنت طالق ، أو مطاقة وقع الطلاق من غير نية ، وإن قال : فارتقتك ، أو أنت مفارقة ، أو سرحتك ، أو أنت مسرحة ، فمن يراه صريحاً أوقع به الطلاق من غير نية ، ومن لم يره صريحاً لم يوقع به إلا أن ينويه ، فإن قال . أردت بقولي فارتقتك ، أى بجسمي ، أو بقلبي ، أو بمذهبي ، أو سرحتك من يدي ، أو شغلي ، أو من حبسي ، أو سرحت شعرك ، قبل قوله : وإن قال : أردت بقولي أنت طالق ، أى من وثاقي ، أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لسانى فقلت طلقك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى : فتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه .

قال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته استميني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ، ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف ، فجري على لسانه غير ما في قلبه ، فقال . أرجو أن يكون الأمر فيه واسماً ، وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر ، فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم ، لأن لفظه ظاهر في الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين ، فلا تقبل وإن لم تكن في هذه الحال ، فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي الحارث أنه يقبل قوله ، وهو قول جابر بن زيد ، والشمعي ، والحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالاً غير بعيد فقبل كما لو قال أنت طالق ، أنت طالق . وقال أردت بالثانية إفهامها ، وقال القاضي : فيه روايتان .

هذه التي ذكرنا . قال : وهي ظاهر كلام أحمد .

والثانية لا يقبل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف ، فلم يقبل في الحكم ، كما لو أقر بعشرة ، ثم قال . زيوفا ، أو صفاراً ، أو إلى شهر ، فأما إن صرح بذلك في اللفظ فقال : طلقك

(١) سورة الأحزاب آية ٢٨

(٢) سورة آل عمران آية ١٠٣

(٣) سورة البينة آية ٤

(٤) سورة الطلاق آية ٢

(٥) سورة البقرة آية ٢٣١

من وثاق ، أو قارقتك بجسمى ، أو سرحتك من يدي ، فلا شك في أن الطلاق لا يقع ، لأن ما يتصل بالكلام بصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ، وذكر أبو بكر في قوله : أنت مطلقة ، أنه إن نوى أنها مطلقة طلاقاً ماضياً أو من زوج كان قبله ، لم يكن عليه شيء . وإن لم ينو شيئاً فعلى قولين .

أحدهما : يقع ، والثاني : لا يقع ، وهذا من قوله يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة في أحد القولين . قال القاضى : والمنصوص عن أحد أنه صريح ، وهو الصحيح ، لأن هذه متصرفه من لفظ الطلاق ، فكانت صريحة فيه ، كقوله أنت طالق .

(فصل)

٥٧٧٥

فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة في الطلاق ، لأنها لم تثبت لها عرف الشرع ، ولا الاستعمال ، فأشبهت سائر كنيائاته ، وذكر القاضى فيها احتمالاً : أنها صريحة ، لأنه لا فرق بين فعلت . وأفعلت ، نحو عظمته وأعظمته ، وكرمه وأكرمه ، وليس هذا الذى ذكره بمطرد ، فإنهم يقولون حيثته من التحية ، وأحييته من الحياة ، وأصدقت المرأة صداقاً ، وصدقت حديثها تصديقاً ، ويفرقون بين أقبل وقبل ، وأدبر ودبر ، وأبصر وبصر ، ويفرقون بين المعانى المختلفة بحركة أو حرف ، فيقولون : حمل لما فى البطن ، وبالكسر لما على الظهر . والوَقَر بالفتح : الثقل ، فى الأذن ، وبالكسر لثقل الحمل ، وههنا فرق بين حمل قيد النكاح ، وبين غيره بالتضعيف فى أحدهما والمهزة فى الآخر ولو كان معنى اللفظين واحداً لقليل طلفت الأسيرين ، والفرس . والطار ، فهو طالق ، وطلقت الدابة فهى طالق ، ومطلقة ، ولم يسمع هذا فى كلامهم وهذا مذهب الشافعى .

(فصل)

٥٧٧٦

فإن قال : أنت الطلاق ، فقال القاضى : لا تختلف الرواية عن أحد فى أن الطلاق يقع به نواه أو لم ينوه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، ولأصحاب الشافعى فيه وجهان .

أحدهما : أنه غير صريح لأنه مصدر ، والأعيان لا توصف بالمصادر ^(١) إلا مجازاً .

والثانى : أن الطلاق لفظ صريح ، فلم يفتقر إلى نية كالتصرف منه ، وهو مستعمل فى عرفهم قال الشاعر :

نوهت باسمى فى العالمين وأف نيت حمزى عاماً فصاماً

فأنت الطلاق وأنت العلالا ق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

وقولهم : إنه مجاز ، قلنا : نعم ، إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ، ولا يحمل له يظهر سوى هذا الحمل ،

فتعين فيه .

(١) انظر التعليق على كلمة « الطلاق » أول الباب .

٥٧٧٧

(فصل)

وصريح الطلاق بالمعجمة « بهشم » فإذا أتى بها المعجمى وقع الطلاق منه بغير نية ، وقال النخعى وأبو حنيفة : هو كناية ، لا يطلق به إلا بنية ، لأن معناه : خَلَيْتُكَ ، وهذه اللفظة كناية .

ولنا : أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ، يستعملونها فيه ، فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية ، ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن فى المعجمة صريح للطلاق ، وهذا بعيد ، ولا يضر كونها بمعنى خَلَيْتُكَ ، فإن معنى طَلَقْتُكَ : خَلَيْتُكَ ، أيضاً ، إلا أنه لما كان موضوعاً له يستعمل فيه كان صريحاً ، كذا هذه . ولا خلاف فى أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقاً ، كذلك قال الشعبي ، والنخعى ، والحسن ، ومالك ، والثورى ، وأبو حنيفة ، وزفر ، والشافعى .

٥٧٧٨

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا قال لها فى الفضب : أنت حرة ، أو أطعمها فقال : هذا طلاقك ، فقط وقع الطلاق ﴾ الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

٥٧٧٩

﴿أحدهما﴾

فى أن هذا اللفظ كناية فى الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية ، ولا دلالة حال ، ولا نعلم خلافاً فى أنت حرة أنه كناية ، فأما إذا أطعمها وقال : هذا طلاقك ، فإن كثيراً من الفقهاء قالوا . ليس هذا كناية ، ولا يقع به طلاق ، وإن نوى ، لأن هذا لا يؤدى معنى الطلاق ، ولا هو سبب له ، ولا حكم ، فلم يصح التعبير به عنه كقوله : « غفر الله لك » : وقال ابن حامد : يقع به الطلاق من غير نية ، لأن تقديره أوقعت عليك طلاقاً ، هذا الضرب من أجله ، فعلى قوله يكون هذا صريحاً ، وقول الخرقى محتمل لهذا أيضاً . ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان فى حال الفضب ، فيكون الفضب قائماً مقام النية ، كما قام مقامها فى قوله : أنت حرة . ويحتمل أن يكون لَطَمُهُ ^(١) لها قرينة تقوم مقام النية ، لأنه يصدر عن الفضب ، فجرى مجراه ، والصحيح أنه كناية فى الطلاق ، لأنه محتمل بالتقدير الذى ذكره ابن حامد ، ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك ، لكون الطلاق معلقاً عليه ، فصيح أن يعبّر به عنه ، وإيس بصريح ، لأنه احتاج إلى تقدير ، ولو كان صريحاً لم يحتاج إلى ذلك ، ولأنه غير موضوع له ، ولا مستعمل فيه شرعاً ، ولا عرفاً ، فأشبهه سائر الكنايات .

وعلى قياسه ما لو أطعمها أو سقاها أو كساها وقال : هذا طلاقك ، أو لو فعلت المرأة فعلاً من قيام أو قعود أو فعل هو فعلاً ، وقال : هذا طلاقك ، فهو مثل أطعمها ، إلا فى أن اللطم يدل على الفضب القائم مقام النية ، فيكون هو أيضاً قائماً مقامها فى وجه ، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها .

(١) فى المخطوطة ١٨ : اللطم لها .

٥٧٨٠

(الفصل الثانى)

أنه إذا أتى بالكناية في حال الغضب فذكر الخرق في هذا الموضع . أنه يقع الطلاق ، وذكر القاضى ، وأبو بكر ، وأبو الخطاب ، في ذلك روايتين .

إحدهما : يقع الطلاق ، قال في رواية الميمونى ، إذا قال لزوجته : أنت حرة لوجه الله في الغضب^(١) ، فأخشى أن يكون طلاقاً .

والرواية الأخرى : ليس بطلاق ، وهو قول أبى حنيفة ، والشافعى . إلا أن أبى حنيفة يقول في اعتدى ، واختارى ، وأمرى بك . كقولنا في الوقوع ، واحتجنا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ، ولم ينو به ، فلم يقع به الطلاق كحال الرضاء ، ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضاء والغضب . ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادراً ، نحو قوله : أنت حرة لوجه الله ، واعتدى واستبرئى ، وحبلت على غاربك ، وأنت بائن ، وأشبهاء ذلك : أنه يقع في حال الغضب . وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك ، نحو اذهبى ، واخرجى ، وروحى ، وتغننى ، لا يقع الطلاق به إلا بنية ، ومذهب أبى حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقى في الوقوع إنما ورد في قوله : أنت حرة ، وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالباً إلا كناية عن الطلاق ، ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية ، لأن ما كثر استعماله يوجد كثيراً غير مراد به الطلاق في حال الرضاء ، فكذلك في حال الغضب ، إذ لا حرج عليه في استعماله والتكلم به ، بخلاف ما لم تجر العادة بذكره ، فإنه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق ، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق ، أو في حال الغضب قوى الظن ، فصار ظناً غالباً .

ووجه الرواية الأخرى : أن دلالة الحال تفير حكم الأفعال والأفعال ، فإن من قال لرجل يا غفيف ابن الغفيف حال تعظيمه ، كان مدحاً له ، وإن قاته في حال شتمه وتنفصه كان قذفاً وذماً . ولو قال : إنه لا يفدر بذمة ، ولا يظلم حبة خردل ، وما أحد أوفى ذمة منه . في حال المدح ، كان مدحاً بليفاً ، كما قال حصان :

فما حملت من ناقة فوق رَحْلها أبرّ وأوفى ذمةً مِنْ مُحَمَّد

ولو قاله في حال الذم كان هجاءً قبيحاً ، كقول النجاشى :

قبيلته^(٢) لا يفدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر : كأن ربّى لم يخلق نطشيتة سواهم من جميع الناس إنساناً

(١) في النسخ المطبوعة (في الرضاء لا في الغضب) وفي الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٩٢ (في الغضب) وهو الصواب

ويقضيه سياق الكلام (ف) . (٢) في النسخ المطبوعة (قبيلة) والصواب (قبيلته) .

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم ، حتى حكى عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح^(١) عليهم ، ولولا القربة ودلالة الحال كان من أحسن المـسـدح وأبلغه ، وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف ، والحال يدل على المزح واللعب ، لم يـجـز قتله . ولو ذات الحال على الجد جاز دفعه بالقتل ، والغضب ههنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه .

(فصل)

٥٧٨١

وإن أتى بالسكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها فى حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل ، والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه ، إلا أن المنصوص عن أحمد ههنا : أنه لا يصدق فى عدم النية . قال فى رواية أبى الحارث : إذا قال : لم أنوه صدق فى ذلك إذا لم تسكن سألته الطلاق ، فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال ، وكونه فى حال الغضب ، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال فلو قال : لى عندك دينار ، قال : نعم ، أو صدقت ، كان إقراراً به ، ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار . ولو قال : زوجتك ابنتى ، وبعتك ثوبى هذا ، فقال : قبلت ، صح وكفى ، ولم يحتج إلى زيادة عليه . ولو أراد بالسكناية حال الغضب ، أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق ، لأنه لو أراد بالصريح لم يقع ، فبالسكناية أولى . وإذا ادعى ذلك دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فظاهر كلام أحمد فى رواية أبى الحارث : أنه يصدق إن كان جواباً لسؤال الطلاق ، ونقل عنه فى موضع آخر : أنه إذا قال أنت خلية ، أو برة ، أو بائن ، ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق ، فهو مهمل أنه لا يصدق مع وجودهما وحكى هذا عن أبى حنيفة إلا فى الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلاً خطب إلى قوم فقالوا : لا تزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : قد طلقت ثلاثاً ، فزوجوه ثم أمسك امرأته ، فقالوا : ألم تقل : إنك طلقت ثلاثاً ؟ قال : ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ، ثم طلقها ، ثم تزوجت فلانة وطلقها ، ثم تزوجت فلانة وطلقها ، فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيتة ، ولأنه أمر يعتمر بنيتة فيه ، فقبل قوله فيما يحتمله ، كما لو كرر لفظاً ، وقال : أردت التوكيد .

﴿مسألة﴾

٥٧٨٢

قال أبو عبد الله : ﴿ وإذا قال لها : أنت خلية ، أو أنت برة ، أو أنت بائن ، أو حبلك على غاربك ، أو الحق بأهلك ، فهو عندى ثلاث ، ولكن أكره أن أفنى به ، سواء دخل بها أو لم يدخل ﴾
أكثر الروايات عن أبى عبد الله كراهة الفتيا فى هذه السكنايات ، مع ميله إلى أنها ثلاث ، وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين .

إحداها : أنها ثلاث .

والثانية : يرجع إلى ما نواه ، اختارها أبو الخطاب . وهو مذهب الشافعي قال يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئا وقعت واحدة ، ونحوه قول الفخمي . إلا أنه قال : يقع طائفة بآئنة ، لأن لفظه يقتضي البينونة ، ولا يقتضي عدداً . وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا ، فإنه قال : يزيد لها في مهرها إن أراد رجعتها ، ولو وقع ثلاثا لم يبع له رجعتها ، ولو لم تبين لم يحتج إلى زيادة مهرها .

واحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته مهيمة ألبقة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال : والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الله ما أردت إلا واحدة ؟ » فقال ركانة : الله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان . قال علي بن محمد الطنافسي : ما أشرف هذا الحديث ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : « الحق بأهلك^(١) » . ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا ، وقد نهى عن ذلك . ولأن السكنايات مع النية كالصريح ، فلم يقع به عقد الإطلاق أكثر من واحدة ، كقوله : أنت طالق .

وقال الثوري وأصحاب الرأي : إن نوى ثلاثا فثلاث ، وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ، ولا يقع اثنتين ، لأن السكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان . صفري ، وكبرى . فالصفري بالواحدة ، والكبرى بالثلاث . ولو أوقعنا اثنتين كان موجه العدد وهي لا تقتضيه .

وقال ربيعة ومالك : يقع بها الثلاث وإن لم ينو ، إلا في خلع أو قبل الدخول ، فإنها تطلق واحدة ، لأنها تقتضي البينونة ، والبينونة تحصل في الخلع ، وقبل الدخول بواحدة ، فلم يزد عليها ، لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها ، وفي غيرها يقع الثلاث ضرورة أن البينونة لا تحصل إلا بها ، ووجه أنها ثلاث : أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فروى عن علي ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت : أنها ثلاث . قال أحمد في الخلية والبرية والبقة : قول علي وابن عمر قول صحيح ، ثلاثا .

وقال علي ، والحسن ، والزهرى ، في البائن . إنها ثلاث . وروى النجّاد بإسناده عن نافع ، أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير ، فقال : إن ظئري^(٢) هذا طلق امرأته ألبقة ، قبل أن يدخل بها ، فهل تجدان له رخصة ؟ فقالا : لا ، ولسكننا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة ، فسلمهم ثم أرجع إلينا ، فأخبرناه . فسلمهم ، فقال أبو هريرة : لا تحمل له حتى تنسكح زوجها غيره . وقال ابن عباس : هي ثلاث ، وذكر عن عائشة متابعتها^(٣) .

(١) « الحق بأهلك » أخرجه البخاري عن عائشة (ف) .

(٢) ظئري : أي صفري .

(٣) في المخطوطة ٣٩ : متابعتها . والمراد متابعتها لها .

وروى النجاد بإسناده أن عمر رضى الله عنه جعل ألبنة واحدة ، ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات ، وهذه أقوال علماء الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا . ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضى البينونة ، فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة ، كما لو طلق ثلاثا ، أو نوى الثلاث . واقتضاؤه للبينونة ظاهر في قوله : أنتِ بائن ، وكذا في قوله : ألبنة ، لأن البتة : القطع ، فكأنه قطع النكاح كله ، ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث ، كما قالت امرأة رفاة : إن رفاة طلقني فبت طلاقى . وبتله هو من القطع أيضا ، ولذلك قيل في سرهم : البتول ، لا نقطاعها عن النكاح . ونهى النبي صلى الله وسلم عن التبتل ، وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية . وكذلك الخلية والبرية ، يقتضيان الخلو من النكاح ، والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى فاعتبره الشرع إنما يعتبر^(١) فيما يقتضيه ويؤدى معناه ، ولا سبيل إلى البينونة بدون الثلاث ، فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ، ولا يمكن إيقاع واحدة بائن ، لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق ، فكذلك بكنايته ، ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها ، لأن الصحابة لم يفرقوا ، لأن كل لفظة أوجبت الثلاث في المدخول بها أوجبها في غيرها ، كقوله : أنت طالق ثلاثا .

فأما حديث ركانة ، فإن أحد ضعف إسناده ، فلذلك تركه ، وأما قوله عليه السلام لابنة الجون : « الحق بأهلك » . فيدل على أن هذه اللفظة لا تقتضى الثلاث ، وليست من اللفظات التي قال الصحابة فيها بالثلاث ، ولا هي مثلها ، فيقتصر الحكم عليها ، وقولهم : إن الكناية بالنية كالصريح ، قلنا : نعم ، إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث ، تحصل بها البينونة ، وإلى ما دونها مما لا تحصل به البينونة ، فكذلك الكناية تنقسم كذلك فنما ما يقوم مقام الصريح المحصل للبينونة ، وهو هذه الظاهرة ، ومنها ما يقوم مقام الواحدة ، وهو ما عداها والله أعلم .

(فصل)

٥٧٨٣

وذكر القاضى : أن ظاهر كلام أحمد والخرق أن الطلاق يقع بهذه الكنايات^(٢) من غير نية ، كقول مالك ، لأنه اشتهر استعماله فيه فلم تحتج إلى نية كالصريح ، ومفهوم كلام الخرق : أنه لا يقع إلا بنية ، لقوله : وإذا أتى بصريح الطلاق وقع ، نواه أو لم ينوه . ففهموه أن غير الصريح لا يقع إلا بنية ، ولأن هذا كناية ، فلم يثبت حكمه بغير نية ، كسائر الكنايات .

(فصل)

٥٧٨٤

والكناية ثلاثة أقسام .

(١) في المطبوعة : إنما يعبر .

(٢) في الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٩١ « بالكنايات الظاهرة من غير نية » (ف) .

[القسم الأول] ظاهر ، وهي ستة^(١) ألفاظ خَلِيَّة ، وَبَرِيَّة وبائن ، وَبَتَّة ، وَبَقْلَةٌ وأمرك بيدك . والحكم فيها ما بيناه في هذا الفصل . وإن قال : أنت طالق بائن ، أو ألبته ، فكذلك ، إلا أنه لا يحتاج إلى نية ، لأنه وصف بها الطلاق الصريح . وإن قال : أنت طالق لا رجعة لي عليك ، وهي مدخول بها ، فهي ثلاث . قال أحمد : إذا قال لامرأته : أنت طالق لا رجعة فيها ، ولا مثنوية ، هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا ، هكذا هو عندى . وهذا قول أبي حنيفة : وإن قال : ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك . وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها .

ولنا : أن الصفة تصح مع العطف ، كما لو قال : بعثك بعشرة وهي مغربية ، صح وكان صفة للثمن ، قال الله تعالى : « إِنْ لَمْ يَسْتَمِعُوهُ وَهُمْ يَلْبِسُونَ »^(٢) : وإن قال : أنت طالق واحدة بائنا ، أو واحدة بَتَّة ففيها ثلاث روايات إحداهن : أنها واحدة رجعية ، ويلغو ما بعدها . قال أحمد : لا أعرف شيئا مقديما ، إن نوى واحدة تكون بائنا ، وهذا مذهب الشافعي ، لأنه وصف الطلقة بما لا تنصف به ، فلمت الصفة . كما لو قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك : والثانية : هي ثلاث ، قاله أبو بكر . وقال : هو قول أحمد ، لأنه أتى بما يقتضى الثلاث ، فوقع ولغا قوله واحدة . كما لو قال : أنت طالق واحدة ثلاثا . والثالثة : رواها حنبل عن أحمد : إذا طلق امرأته واحدة ألبته ، فإن أمرها بيدها ، يزيد لها في مهرها إن أراد رجعتها ، فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائنا ، لأنه جعل أمرها بيدها ، ولو كانت رجعية لما كان أمرها بيدها ، ولا احتاجت إلى زيادة في مهرها ، ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها . وقال أبو الخطاب : هذه الرواية تخرج في جميع السكنايات الظاهرة ، فيكون ذلك مثل قول إبراهيم النخعي . ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة ، فوقع على ما أوقعه ، ولم يزد على واحدة ، لأن لفظه لم يفتضح عدداً ، فلم يقع أكثر من من واحدة ، كما لو قال : أنت طالق . وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة .

القسم الثانى : مختلف فيها ، وهي ضربان . منصوص عليها ، وهي عشرة^(٣) : إلحقي بأهلك ، وحَبْلَكَ على غاربك ، ولا سبيل لي عليك ، وأنت كلّي حَرَج ، وأنت على حرام ، واذهي فتزوجي من شئت ،

(١) في الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٥ « وهي سبعة » وترك (أمرك بيدك) واد (وأنت حرة وأنت الحرج) ف .

(٢) سورة الأنبياء آية ٢ .

(٣) المذكور هنا تسعة ، وذكر في الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٨٨ عشرة ألفاظ أسقط مما هنا (وأنت حرة) وزاد (لاسلطان لي عليك ، وحلت للأزواج) لكن المفقود ذكرها في الضرب الثانى وهو (المفيس على المنصوص عليها) . ف

وغطى شعرك، وأنت حرة، وقد أعتقتك، فهذه عن أحمد فيها روايتان. إحداهما: أنها ثلاث. والثانية ترجع إلى مانواه وإن لم ينو شيئاً فواحدة كسائر الكفائيات.

والضرب الثانى: مقيس على هذه، وهى استبرئى رَحِمَكَ وحللت للأزواج، وتَقَنَّى، ولا سلطان لك عليك، فهذه فى معنى المنصوص عليها، فىكون حكمها حكمها، والصحيح فى قوله: إلحقى بأهلك أنها واحدة، ولا تكون ثلاثاً إلا بنية، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا بِنَةَ الْجَوْنِ «إلحقى بأهلك»، متفق عليه. ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثاً، وقد نهى أمته عن ذلك «قال الأثرم: قلت لأبى عبد الله: إن النبى صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون^(٢) «إلحقى بأهلك»، ولم يكن طلاقاً غير هذا، ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثاً، فىكون غير طلاق الشَّقة: فقال لا أدري، وكذلك قوله: اعتدى، واستبرئى رَحِمَكَ لا يختص الثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث» وقد ووى أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لسودة ابنة زمعه^(٣): اعتدى، فجعلها تطليقة، وروى لُحْشِيمٌ: أنبأنا الأعشى، عن المنهال بن عمرو، أن نعيم بن دجاجة الأسدى، طلق امرأته تطليقتين، ثم قال: هى على حرج، وكتب، فى ذلك إلى عمر بن الخطاب، فقال: أما إنها ليست بأهونهن.

وأما سائر اللفظيات فإن قلنا: هى ظاهرة فلا ن معنى الظاهرة، فإن قوله: لا سبيل لك عليك، ولأ سلطان لك عليك، إنما يكون فى المبتوتة. أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان، وقوله: أنت حرة، وأعتقتك، يقتضى ذهاب الرِّق عنها، وخلوصها منه، والرق ههنا النكاح. وقوله: أنت حرام يقتضى بينوتها منه، لأن الرجعية غير محرمة، وكذلك حَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ، لأنك بِنْتِ مَنِ، وكذلك سائرهما. وإن قلنا: هى واحدة فلا ن معنى محتملة فإن قوله: حللت للأزواج. أى بعد انقضاء عدتك، إذ لا يمكن حللها، قبل ذلك، والواحدة تحلها وكذلك انكس من شئت، وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد قضاء عدتها.

القسم الثالث: الخفية، نحو أخرجى، وأذهبى، وذوقى، وتجرعى، وأنت مخلاة واختارى، ووهبتك لأهلك، وسائر ما يدل على الفُرقة، ويؤدى معنى الطلاق، سوى ما تقدم ذكره، فهذه ثلاث إن نوى ثلاثاً، واثنان إن نواهما، أو واحدة إن نواها أو أطلق. قال أحمد ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر، وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى، مثل: حبلك على غاربك، إذ نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على مانوى مثل لا سبيل لك عليك، وإذا نص فى هاتين على أنه يرجع إلى نيته، فكذلك

(١) أخرجه البخارى كما سبق. (٢) فى المخطوطة ١٨ وقد روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم

قال لسودة. (٣) أخرجه ابن سعد فى الطبقات الكبرى ج ٨ ص ٥٣ عن النعمان بن ثابت التيمى.

(٤) فى المخطوطة ١٨، فهو كناية خفية.

سائر الكنايات ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يقع اثنتان ، وإن نواهما وقع واحدة وقد تقدم ذكر ذلك ، وإن قال : أنت واحدة فهي كناية خفية ، ولكنها لا تقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثاً ، لأنها لا تحتمل غير الواحدة وإن قال : أغناك الله فهي كناية خفية^(١) لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قول الله تعالى « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعَتِهِ »^(٢).

(فصل)

٥٧٨٥

والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ، ما لم يقع الثلاث ، في ظاهر المذهب ، وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : كلها^(٣) بوائن ، إلا اعتدى ، واستبرئى رحك ، وأنت واحدة ، لأنها تقتضي البينونة ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً .

ولنا : أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدد ، فوجب أن يكون رجعياً كهرج الطلاق ، وما سلموه من الكنايات . وقولهم : إنها تقتضي البينونة ، قلنا : فينبغي أن تبين بثلاث ، لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض .

(فصل)

٥٧٨٦

فأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق ، كقوله : اعتدى ، وقوى ، وكلى ، واشربى ، واقربى ، وأطعميني ، واستقيني ، وبارك الله عليك ، (وغفر الله^(٤) لك) ، وما أحسنك ، وأشبه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى ، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية ، وقد ذكرنا أنه لا يقع بها ، وبهذا قال أبو حنيفة ، واختلف أصحاب الشافعي في قوله : كلى ، واشربى . فقال بعضهم : كقولنا وقال بعضهم : هو كناية ، لأنه يحتمل كلى ألم الطلاق ، واشربى كأس الفراق ، فوقع به كقولنا ذوق وتجرجى . ولنا : أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه ، كنحو كقوله تعالى : « كُلُوا وَاشْرَبُوا هَنِيئًا بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ »^(٥) وقال : « فَكُلُوا هَنِيئًا مَرِيئًا »^(٦) . فلم يكن كناية ، كقوله : أطعميني ، وفارق ذوق وتجرجى ، فإنه يستعمل في المسكاره ، كقول^(٧) الله تعالى : « ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ »^(٨).

(١) سورة النساء آية ١٣٠

(٢) مذهب أبي حنيفة أن هذه الألفاظ الثلاثة (اعتدى ، واستبرئى رحك وأنت واحدة) يقع بها طلقة واحدة رجعية ، وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق ، يقع بها واحدة بائنة وإن نوى ثلاثاً كانت ثلاثاً وإن نوى اثنين كانت واحدة ، انظر الهداية وفتح القدير ج ٣ ص ٣٩٨ - الحلبي . ف

(٣) ساقطة من المخطوطة ٣٩

(٤) سورة المراتل آية ٤

(٥) سورة النساء آية ٤

(٦) سورة الدخان آية ٤

و « دُوقُوا عَذَابَ الْحَرِيقِ »^(١) و « دُوقُوا مَسَّ سَقَرَ »^(٢) وكذلك التجرع ، قال الله تعالى : « يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يُسِغُهُ »^(٣) . فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما .

(فصل)

٥٧٨٧

فإن قال : أنا منك طالق ، أو جعل أمر امرأته بيدها ، فقالت : أنت طالق ، لم تطلق زوجته ، نص عليه في رواية الأثرم ، وهو قول ابن عباس ، والثوري ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وروى ذلك عن عثمان بن عفان ، رضى الله عنه . وقال مالك ، والشافعي : تطلق إذا نوى به الطلاق . وروى نحوه ذلك عن عمر وابن مسعود ، وعطاء ، والنخعي ، والقاسم ، وإسحاق ، لأن الطلاق إزالة النكاح ، وهو مشترك بينهما ، فإذا صح في أحدهما صح في الآخر . ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق مع غير نية .

ولنا : أنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نية ، فلم يقع وإن نوى ، كالأجنبي ، ولأنه قال : أنا طالق ، ولم يقل : منك ، لم يقع . ولو كان محلاً للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ، ولأن الرجل مالك في النكاح ، والمرأة مملوكة ، فلم يقع إزالة الملك بإضافة الإزالة إلى الملك كالعق . وبديل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة ، وجاء رجل إلى ابن عباس فقال : ملكتُ امرأتى أمرها فطلقتني ثلاثاً ، فقال ابن عباس خطأ الله^(٤) نواها ، إن الطلاق لك وإيس لها عليك . رواه أبو عبيد والأثرم واحتج به أحمد .

(فصل)

٥٧٨٨

وإن قال : أنا منك بائن أو برىء ، فقد توقف أحمد فيه ، قال أبو عبد الله بن حامد : يتخرج على وجهين .

أحدهما : لا يقع لأن الرجل محل لا يقع الطلاق بإضافة صريحه إليه ، فلم يقع بإضافة كنايةه إليه كالأجنبي . والثاني : يقع ، لأن لفظ البيئونة والبراءة يوصف بهما كل واحد من الزوجين ، يقال : بان منها وبانت منه ، وبرىء منها ، وبرئت منه ، وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما ، قال الله تعالى : « وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَمَتِهِ »^(٥) . وقال تعالى : « يُفَرِّقُونَ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ »^(٦) . ويقال : فارقته المرأة وفارقها ، ولا يقال طلقته ، ولا مَرَّحْتَهُ ، ولا تطلقنا ولا نسرنا :

(١) سورة الحج آية ٣٢ (٢) سورة القمر آية ٤٨ (٣) سورة إبراهيم آية ١٧

(٤) في لسان العرب ج ١ ص ٦٦ ذكر حديث ابن عباس بلفظ (خطأ الله نواها ، خطى الله نواها) بتشديد الطاء بعدها همزة أو ألف ، و (نوء) بالهمز ، وقال : « أخطأ نوءه إذا طلب حاجته فلم ينجح ولم يصب شيئاً » لإنهى . ف

(٦) سورة البقرة آية ١٠٢

(٥) سورة النساء آية ١٣

وإن قال أنا بائن ، ولم يقل : منك ، فذكر القاضى فيما إذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : أنت بائن^(١) ، ولم تقل : منى ، أنه لا يقع وجهاً واحداً ، وإن قالت : أنا بائن ونوت وقع ، وإن قالت أنت منى بائن ، فعلى الوجهين ، فيخرج ههنا مثل ذلك .

﴿مسألة﴾

٥٧٨٩

قال : ﴿ وإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه ﴾

فذكرنا أن صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية ، بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك ، ولأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحاً فيه كالبيع ، وسواء قصد المزح أو الجسد أقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ثَلَاثٌ جِدَّةٌ جِدَّةٌ وَهَزْلٌ جِدَّةٌ : النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ » . رواه أبو داود والترمذى . وقال : حديث حسن ، قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، ونحوه عن عطاء ، وعبيدة . وبه قال الشافعى ، قال أبو عبيد^(٢) : وهو قول سفيان ، وأهل العراق ، فأما لفظ الفراق والسراح ، فينبى على الخلاف فيه فمن جملة صريحاً أوقع به الطلاق ، من غير نية ، ومن لم يجعله صريحاً لم يوقع به الطلاق حتى ينوبه ، ويكون بمنزلة الكتابات الخفية .

(فصل)

٥٧٩٠

فإن قال الأعجمى لا سرائه : أنت طالق ، ولا يفهم معناه ، لم تطلق لأنه ليس بمختار للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالسكره ، فإن نوى موجهه عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لا يصح منه اختيار مالا يعلمه^(٣) ولذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها^(٤) لم يكفر ، وبمثل أن تطلق إذا نوى موجهها ، لأنه أفض بالطلاق ناوياً موجهه ، فأشبهه العربى ، وكذلك الحكم إذا قال العربى : « بهشم » وهو لا يعلم معناها

(فصل)

٥٧٩١

فإن قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق ، أو قال : لحاتك ابنتك طالق ، ولها بنت سوى امرأته ، أو كان اسم زوجته زينب ، فقال : زينب طالق ، طلقت زوجته لأنه لا يملك طلاق غيرها فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق ، نص عليه أحمد فى رجل تزوج امرأة فقال : لحاتك : ابنتك طالق . وقال : أردت ابنتك الأخرى التى ليست بزوجتى^(٥) فقال : يحث ، ولا يقبل منه . وقال فى رواية أبى داود فى رجل له امرأتان أسماهما فاطمة ، فانت إحداهما ، فقال : فاطمة طالق ، ينوى الميئة ، فقال : الميئة تطلق ؟ قال أبو داود : كأنه لا يصدق فى الحكم .

(١) فى المخطوطة ٣٩ إنك بائن (٢) فى المخطوطة ٣٩ : أبو عبيدة . وهو خطأ (٣) فى المخطوطة

٣٩ : ما لم يعلمه (٤) فى المخطوطة ١٨ : من لا يعرف ويعلم معناها (٥) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ ليست زوجتى

وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال: إحداكما طالق، وقال: أردت الأجنبية فهل يقبل؟ على روايتين، وقال الشافعي: يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال: زينب طالق، وقال: أردت أجنبية اسمها زينب، لأن زينب لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل، وقد عارضه دليل آخر، وهو أنه لا يطلق غير زوجته أظهر، فصار اللفظ في زوجته أظهر، فلم يقبل خلافه^(١) فأما إذا قال: إحداهما فإنه يتناول الأجنبية بصريحه، وقال أصحاب الرأي، وأبو ثور: يقبل في الجمع لأنه فسر كلامه بما يحتمله.

وانما: أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح، فلم يقبل تفسيره بها، كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال: زينب طالق عند الشافعي. وما ذكره من الفرق لا يصح فإن إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما، إنما يتناول واحدة لا يميّنها، وزينب يتناول واحدة لا يميّنها، ثم تعينت الزوجة لكونها محل الطلاق، وخطاب غيرها به عبث، كما إذا قال: إحداكما طالق، لو تناولا بصريحة، لكنه صرّفه عنهما دليل. فصار ظاهراً في غيرها. ولما قال النبي صلى الله عليه وسلم للمعتلّعين: «أحدكما كاذب» لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما واحدة، ولما قال حسان - يعني النبي صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان - * فشر كما تلير كما القداء * لم ينصرف شرهما إلا إلى أبي سفيان وحده، وخيرهما النبي صلى الله عليه وسلم وحده، وهذا في الحكم. أما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه، فمتى علم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته، لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيّد. ولو كانت ثمّ قرينة دالة على إرادته الأجنبية، مثل أن يدفع بيمينه ظمًا، أو يتخلص بها من مكروه، قيل: قوله في الحكم، لوجود الدليل الصارف إليها، وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته، لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها، ويصلح لها، ولم يصرفه عنها، فوقع به كما لو نواها.

(فصل)

٥٧٩٢

فإن كانت له امرأتان: حفصة، وعمرة فقال: يا حفصة، فأجابته عمرة، فقال: أنت طالق فإن لم تكن له نية، أو نوى الحجابة وحدها، طلقت وحدها، لأنها المطلقة دون غيرها. وإن قال: ما خاطبت بقولي: أنت طالق، إلا حفصة، وكانت حاضرة، طلقت وحدها، وإن قال: علمت أن الحجابة عمرة، فخاطبتها بالطلاق، وأردت طلاق حفصة، طلقتا معاً في قولهم جميعاً. وإن قال: ظننت الحجابة حفصة فطلقتها، طلقت حفصة رواية واحدة وفي عمرة روايتان:

إحداها: تطلق أيضاً، وهو قول النخعي، وقتادة، والأوزاعي، وأصحاب الرأي. واختاره ابن حامد، لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له، فطلقت كما لو قصدتها.

(١) في المخطوطة ١٨: فلم يقبل طلاقه

والثانية : لا تطلق ، وهو قول الحسن ، والزهرى ، وأبى عبيد . قال أحد فى رواية مهنا فى رجل له امرأتان فقال : فلانة ، أنت طالق . قالتفت^(١) ، فإذا هى غير التى حلف عليها ، قال : قال إبراهيم : يطلقان ، والحسن يقول : تطلق التى نوى : قيل له : ما تقول أنت ؟ قال : تطلق التى نوى . ووجهه : أنه لم يقصدها بالطلاق ، فلم تطلق ، كما لو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه ، فقال : أنت طالق . وقال أبو بكر : لا يختلف كلام أحد أنها لا تطلق . وقال الشافعى : تطلق المحببة وحدها ، لأنها مخاطبة بالطلاق ، فطلقت كما لو لم ينو غيرها ، ولا تطلق المنوية ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولم تعترف بطلاقها ، وهذا يبطل . بما لو علم أن المحببة عمره ، فإن المنوية تطلق بإرادتها^(٢) الطلاق ، ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به ، لأن الاعتراف بما لا يوجب ، ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق ؛ فطلقت كما لو علم الحال .

(فصل)

٥٧٩٣

وإن أشار إلى عمرة ، فقال : يا حفصة^(٣) ، أنت طالق ، وأراد طلاق عمرة فسبق لسانه إلى نداء حفصة ، طلقت عمرة وحدها ، لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده ، فأشبهه ما لو أراد أن يقول : أنت طاهر ، فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طائفة بها ، عمرة بالإشارة إليها^(٤) ، وإضافة الطلاق إليها . وحصة بذيتها ولفظها . وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة ، وفى عمرة روايتان كالتى قبلها .

(فصل)

٥٧٩٤

وإن لقي أجنبية ظنها زوجته ، فقال : فلانة ، أنت طالق ، فإذا هى أجنبية ، طلقت زوجته . نص عليه أحد . وقال الشافعى : لا تطلق ، لأنه خاطب بالطلاق غيرها ، (فلم يقع)^(٥) كما لو علم أنها أجنبية فقالت : أنت طالق .

ولنا : أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت ، كما لو قال : علمت أنها أجنبية ، وأردت طلاق زوجتى وإن قال لها : أنت طالق ، ولم يذكر اسم زوجته ، احتمال ذلك أيضاً ، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق ، واحتمل ألا تطلق ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ، ولا ذكر اسمها معه ، وإن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وإن لم يردّها بالطلاق لم تطلق .

(١) فى المخطوطة ٣٩ ، ١٨ قالتفت

(٢) فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٩ (تطلق بإرادتها بالطلاق) وهو أوضح (ف)

(٣) فى المخطوطة ١٨ ، ٣٩ : وقال يا حفصة . (٤) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : بإشارته إليها .

(٥) ساقطة من ١٨ .

٥٧٩٥

(فصل)

وإن لقي امرأته فظنها أجنبية فقال : أنت طالق ، أو تنحى بإمطلة ، أو لقي أمته فظنها أجنبية فقال : أنت حرة ، أو تنحى بإحرة ، فقال أبو بكر فيمن لقي امرأته فقال تنحى بإمطلة أو بإحرة ، وهو لا يعرفها ، فإذا هي زوجته أو أمته : لا يقع بهما طلاق ولا حرية ، لأنه لم يردّها بذلك^(١) ، فلم يقع بهما شيء ، كسبق اللسان إلى ما لم يردّه . ويحتمل ألا تعتق الأمة ، لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله : يا حرة ، وتطلق الزوجة لعدم العادة بالمخاطبة بقوله : بإمطلة^(٢) .

٥٧٩٦

(فصل)

فأما غير الصريح فلا يقع الطلاق به إلا بنية أو دلالة حال ، وقال مالك : الكفائات الظاهرة كقوله : أنت بائن ، وبنة ، وبئلة ، وحرام ، يقع بها الطلاق من غير نية ، قال القاضي في الشرح : وهذا ظاهر كلام أحمد والخرقي ، لأنها مستعملة في الطلاق في العرف ، فصارت كالصريح .

ولنا : أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها ، ولا اختصت به فلم يقع الطلاق (بها^(٣)) بمجرد اللفظ . كسائر الكفائات . وإذا ثبت اعتبار النية فإنها دمتمر مقارنة اللفظ ، فإن وجدت في ابتدائه وعريت عنه في سائر وقع الطلاق . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يقع ، فلو قال : أنت (بائن^(٤)) ينوي الطلاق ، وعريت نيته حين قال : أنت بائن^(٥) لا يقع ، لأن القدر الذي صاحبه النية لا يقع به شيء . ولنا : أن ما تعتبر له النية يُكْتَفَى فيه بوجودها في أوله ، كالصلاة وسائر العبادات . فأما إن تلفظ بالكناية غير ناوٍ ، ثم نوى بها بعد ذلك ، لم يقع بها الطلاق . وكألو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه .

٥٧٩٧

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : لا وأراد به الكذب ، لم يلزمه شيء ولو قال : قد طلقتها ، وأراد به الكذب ، لزمه الطلاق﴾ .

إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب ، لأن قوله : مالي امرأة ، كناية تفقير إلى نية الطلاق . وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق ، فلم يقع ، وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني ، أو ترضيني ، أو أني كمن

(١) في المطبوعة : لم يردّ بهما ذلك . وقد رجعنا ما في ٣٩ ، ١٨ ، ٢٠ لوضوحه .

(٢) أي لعدم التعمد على مخاطبتها بهذا الخطاب (٣) ساقطة من ٣٩ (٤) ساقطة من ٣٩ و ١٨ و ٢٠

(٥) هذا الكلام في حاجة إلى تحرير ، مثله ما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٢٩٢ والذي أفهمه أن الأصل (فلو

قال : (أنت) ينوي الطلاق وقال (بائن) بدون نية لا يقع طلاق لأن النية صاحبت للبند (أنت) وهو قدر لا يقع به شيء (ف) .

لا امرأة له ، أو لم ينو شيئاً ، لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية . وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت ، لأنها كناية صحبتها النية ، وبهذا قال الزهرى ، ومالك ، وحامد بن أبى سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعى . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تطلق ، فإن هذا ليس بكناية ، وإنما هو خبر هو كاذب فيه ، وليس بإيقاع .

ولنا : أنه محتمل للطلاق ، لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة ، فأشبهه قوله : أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة ، وهذا يبطل قولهم . فأما إن قال : طلقها ، وأراد الكذب طلقت ، لأن لفظ الطلاق صريح يقع به الطلاق من غير نية . وإن قال : خلتها ، أو أبتها ، افتقر إلى النية^(١) ، لأنه كناية لا يقع به الطلاق . من غير نية .

(فصل)

٥٧٩٨

فإن قيل له : أطلقت امرأتك ؟ فقال^(٢) : نعم ، أو قيل له : امرأتك طالق ؟ فقال : نعم ، طلقت امرأته وإن لم ينو ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعى ، واختيار المزنّى ، لأن نعم صريح فى الجواب ، والجواب الصريح للفظ العريخ صريح . ألا ترى أنه لو قيل له أفلان عليك ألف ؟ فقال : نعم ، وجب عليه . وإن قيل له : طلقت امرأتك فقال : قد كان بعض ذلك . وقال : أردت الإيقاع ، وقع . وإن قال : أردت أنى عاقت طلاقها بشرط ، قبل ، لأنه محتمل لما قاله . وإن قال : أردت الإخبار عن شيء ماض ، أو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال : قد طلقها ، ثم قال : إنما أردت أنى طلقها فى نكاح آخر ، دين فيما بينه وبين الله تعالى فأما فى الحكم فإن لم يكن ذلك وجيداً منه لم يقبل ، لأنه لا يحتمل ما قاله ، وإن كان وجيداً فعلى وجهين .

(فصل)

٥٧٩٩

فإن قال : حلفت بالطلاق ، أو قال : على يمين بالطلاق ، ولم يكن حلف ، لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ، ولزمه ما أقر به فى الحكم . ذكره القاضى ، وأبو الخطاب . وقال أحمد فى رواية محمد بن الحكم ، فى الرجل يقول : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف : هى كذبة ، ليس عليه يمين . وذلك لأن قوله : حلفت ، ليس بحلف . وإنما هو خبر عن الحلف ، فإذا كان كاذباً فيه لم يصير حالفاً ، كما لو قال : حلفت بالله ، وكان كاذباً . واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به . وحكى فى « زاد المسافر » عن الميمونى ، عن أحمد ، أنه قال : من قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف ، يلزمه الطلاق ، ويرجع إلى نيته فى الطلاق الثلاث ، أو الواحد^(٣) . وقال القاضى : معنى قول أحمد : يلزمه الطلاق ، أى فى الحكم . ويحتمل أنه أراد : يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق ، فجعله كناية عنه ، ولذلك قال : ويرجع إلى نيته^(٤) . أما الذى قصد الكذب

(١) فى ٣٩ : إلى نية . (٢) فى ١٨ و ٣٩ : قال نعم .

(٣) فى ٣٩ و ١٨ أو الواحدة (٤) فى المطبوعة . يرجع إلى نيته بدون الواو . ورجعنا ما فى المخطوطات .

فلا نية له في الطلاق ، فلا يقع به شيء ، لأنه ليس بصريح في الطلاق ، ولا نوى (به) ^(١) فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات . وذكر القاضي في كتاب الأيمان ، فيمن قال : حلفت بالطلاق ، ولم يكن حلف ، هل يقع ^(٢) به الطلاق ؟ على روايتين .

﴿مسألة﴾

٥٨٠٠

قال ﴿ وإذا وهب زوجته لأهلها ، فإن قبلوها فواحدة يملك الرجعة إن كانت مدخولا بها ، وإن لم قبلوها فلا شيء ﴾

هذا المنصوص على أحد في هذه المسألة . وبه قال ابن مسعود ، وعطاء ، ومسروق ، والزهرى ، ومكحول ، ومالك ، وإسحاق . وروى عن علي رضي الله عنه ، والنخعي : إن قبلوها فواحدة بائنة ، وإن لم قبلوها فواحدة رجعية ، وعن زيد بن ثابت ، والحسن : إن قبلوها فثلاث ، وإن لم قبلوها فواحدة رجعية . وروى عن أحمد مثل ذلك . وقال ربيعة ، ويحيى بن سعيد ، وأبو الزناد ، ومالك : هي ثلاث على كل حال ، قبلوها أو ردوها . وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة ، قبلوها أو ردوها . وكذلك قال الشافعي . واختلفا ههنا بناء على اختلافهما .

ونسا : على أنها لا تطلق إذا لم قبلوها : أنه تملك للْبضع ، فافتقر [فيه] إلى القبول ، كقوله : اختارى ، وأمرك بيدك ، وكانكاح . وعلى أنها لا تكون ثلاثاً : أنه لفظ محتمل ، فلا يُحْمَلُ على الثلاث عند الإطلاق ، كقوله : اختارى . وعلى أنها رجعية : أنها طلاق لمن عليها عِدَّةٌ بغير عوض قبل استيفاء العَدَد ، فكانت رجعية كقوله : أنت طالق ، وقوله : إنها واحدة محمول على ما إذا أُطْلِقَ النِّية ، أو نوى واحدة . فأما إن نوى ثلاثاً ، أو اثنتين ، فهو على ما نوى . لأنها كناية غير ظاهرة ، فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات . ولا بد من أن ينوى بذلك الطلاق ، أو تكون ثمَّ دلالة حال ، لأنها كناية ، والكنايات لا بد فيها من النية كذلك قال القاضي ^(٣) . وينبغي أن تُعْتَبَرَ النية من الذي يقبل أياً ، كما يعتبر اختيار الزوجة إذا قال : اختارى ، أو أمرك بيدك . إذا ثبت هذا فإن صيغة القبول أن يقول أهلها : قبلناها . نص عليه أحمد ، والحكم ، في هبتها لنفسها ، أو لأجنبي ، كالحكم في هبتها لأهلها .

(فصل)

٥٨٠١

فإن باع امرأته لغيره لم يقع به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثوري ، وإسحاق ، وقال مالك : تطلق واحدة ، وهي أملك بنفسها ، لأنه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه ، أشبه ما لو وهبها .

(٢) في المطبوعة و ٢٠ : فهل يقع وما في ١٨ ، ٣٩ أوضح .

(١) ساقطة من ١٨ و ٣٩

(٣) في المطبوعة : وقال القاضي .

ولنا : أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق ، لأنه نقل ملك بعوض ، والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضى العوض ، فلم يقع به طلاق ، كقوله : اطمعيني واسقيني .

﴿ مسألة ﴾

٥٨٠٢

قال ﴿ وإذا قال لها : أمرك بيدك ، فهو بيدها وإن تطاول ، ما لم يفسخ ، أو يطأها ﴾ وجه ذلك أن الزوج بخير بين أن يطلق بنفسه ، وبين أن يوكل فيه ، وبين أن يقرضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه ، فاخترته . ومتى جعل أمر امرأته بيدها فهو بيدها أبداً ، لا بتقييد ذلك بالمجلس . روى ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال الحكم ، وأبو نور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي : هو مقصور على المجلس ، ولا طلاق لها بعد مفارقتها لأنه تخيير لها ، فكان مقصوراً على المجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها ، قال : هو لها ، حتى تنكح ، ولا نعرف له في الصحابة مخالفاً ، فيكون إجماعاً ، ولأنه نوع توكيل في الطلاق ، فكان على التراخي ، كما لو جعله لأجنبي ، وفارق قوله : اختارى ، فإنه تخيير ، فإن رجع الزوج فيما جعل إليها ، أو قال : فسخت ما جعلت إليك ، بطل . وبذلك قال عطاء ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والأوزاعي ، وإسحاق . وقال الزهري ، والثوري ، ومالك ، وأصحاب الرأي : ليس له الرجوع ، لأنه ملكها ذلك ، فلم يملك الرجوع كما لو طلقت .

ولنا : أنه توكيل ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع ، وكما لو خاطب بذلك أجنبياً ، وقولهم : تملك لا يصح ، فإن الطلاق لا يصح تملكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما ينسب فيه غيره عنه ، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلاً لا غير ، ثم وإن سلم أنه تملك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به كالبيع . وإن وطئها الزوج كان رجوعاً ، لأنه نوع توكيل ، والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة : وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل ، كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

(فصل)

٥٨٠٣

ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينسب به إيقاع طلاقها في الحال ، أو تطلق نفسها ، ومتى ردت الأمر الذي جعل إليها بطل ، ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم ، منهم : ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومسروق ، وعطاء ، ومجاهد ، والزهري ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وقال قتادة : إن ردت فواحدة رجعية .

ولنا . أنه توكيل رده الوكيل ، أو تملك لم يقبله المالك ، فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك .

فأما إن نوى بهذا تطليقهما في الحال طلقت في الحال ، ولم يحتجَّ إلى قبولها ، كما لو قال : حبلك على غاربك :

﴿ مسألة ﴾

٥٨٠٤

قال ﴿ فإن قالت : اخترت نفسي ، فواحدة تملك الرجعة ﴾

وجملة الأمر : المملّكة والخيرة إذا قالت : اخترت نفسي ، فهي واحدة رجعية . وروى ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وابن عباس . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وروى عن عليّ : أنها واحدة بائنة ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، لأن تملكها إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها ، وإذا قبلت ذلك بالاختيار وجب أن يزول عنها ، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة ، وعن زيد بن ثابت : أنها ثلاث . وبه قال الحسن ، ومالك ، والليث ، إلا أن مالكا قال : إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين ، وحبّتهم : أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بثلاث . وفي قول مالك أن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة ، فاكتمى بها .

ولنا : أنها لم تطلق بلفظ الثلاث ، ولا نوت ذلك ، فلم تطلق ثلاثا ، كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية .

(فصل)

٥٨٠٥

وهذا إذا لم تنوأ أكثر من واحدة ، فإن نوت أكثر من واحدة وقع ما نوت ، لأنها تملك الثلاث بالتصريح ، فتملكها بالكناية كالزوج . وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات ، فحكمها فيها حكم الزوج ، إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها ، وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها : لا يدخل عليّ ونحوها وقع ما نوت .

قال أحمد : إذا قال لها : أمرك بيدك ، فقالت : لا يدخل على إلا بإذن ، تُنوّى^(٢) في ذلك : إن قالت : واحدة فواحدة ، وإن قالت : أردت أن أغيظه قبل منها ، يعني لا يقع شيء . وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي ، فأتى بهذه الكنايات ، لا يقع شيء حتى ينوى الوكيل الطلاق ، ثم إن طلّق بلفظ صريح ثلاثا ، أو بكناية ظاهرة طلقت ثلاثا ، وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه .

(فصل)

٥٨٠٦

وقوله : أمرك بيدك ، وقوله : اختاري نفسك ، كناية في حق الزوج ، يفتقر إلى نية أو دلالة ، حال ، كما في سائر الكنايات . فإن عُدِمَا لم يقع به طلاق ، لأنه ليس بصريح ، وإنما هو كناية ،

(١) في ١٨ : تنو في ذلك ... وفي ٣٩ : بنو في ذلك .

فيفتقر إلى ما تفتقر إليه سائر الكنايات . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال مالك : لا يفتقر إلى نية ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، وقد سبق الكلام معها فيها ، وهو أيضاً كناية في المرأة إن قبلته بلفظ الكناية . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يفتقر وقوع الطلاق إلى نيتها إذا نوى الزوج . لأن الزوج علّق الطلاق بفعل من جهتها ، فلم يفتقر إلى نيتها ، كما لو قال : إن تكلمت فأنت طالق ، فتكلمت ، وقال : لا يقع إلا واحدة بائن ، وإن فوت ثلاثاً ، لأن ذلك تحخير ، والتخيير لا يدخل عدد ، كخيار المعتقة .

ولنا : أنها موقمة للطلاق بلفظ الكناية ، فافتقر إلى نيتها كالزوج ، وعلى أنه يقع الثلاث إذا نوت أن اللفظ يحتمل الثلاث ، لأنها تختار نفسها بالواحدة وبالثلث ، فإذا نوباه وقع ، كقوله : أنت بائن .

﴿ مسألة ﴾

٥٨٠٧

قال ﴿ وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقال : لم أجعل إياها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله ، والقضاء ما قضت ﴾

ومن قال القضاء ما قضت : عثمان ، وابن عباس . وروى ذلك عن علي ، وفضالة بن عبيد ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والزهرى ، وعن عمر ، وابن مسعود : أنها تطليقة واحدة ، وبه قال [عطاء] مجاهد ، والقاسم ، وربيعة ، ومالك ، والأوزعى ، والشافعي . وقال الشافعي : إن نوى ثلاثاً فلها أن تطلق ثلاثاً ، وإن نوى غير ذلك لم تطلق ثلاثاً ، والقول قوله في نيته .

قال القاضي : ونقل عبدالله^(١) عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة ، لأنه نوع تحخير فيرجع إلى نيته فيه ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه لفظ يقتضى العموم في جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف ، فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال : طلقي نفسك ما شئت ، ولا يقبل قوله : أردت واحدة ، لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ ، ولا يدين في هذا ، لأنه من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثاً .

﴿ مسألة ﴾

٥٨٠٨

قال ﴿ وكذلك الحكم إذا جعله في يد غيرها ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا جعل أمر امرأته بيد غيرها صح ، وحكمه حكم ما لوجعله بيدها في أنه بيده في المجلس وبعده ، ووافق الشافعي على هذا في حق غيرها ، لأنه توكيل ، وسواء قال له : أمر امرأتى بيدك ، أو قال : جعلت

(١) هو عبد الله بن أحمد بن حنبل .

لك الخيار في طلاق امرأتى ، أو قال : طلق امرأتى ، وقال أصحاب أبى حنيفة : ذلك مقصور على المجلس ، لأنه نوع تخيير ، أشبه مآلو قال اختارى .

ولنا : أنه توكيل مطلق ، فكان على التراخى كالتوكيل في البيع ، وإذا ثبت هذا ، فإن له أن يطلقها مالم يفسخ أو يطاها ، وله أن يطلق واحدة وثلاثاً كالمرأة ، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله ، وهو العاقل . فأما الطفل والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم ^(١) فإن فعل فطلق واحد منهم ^(٢) لم يقع طلاقه ، وقال أصحاب الرأى : يصح .

ولنا : أنهما ليسا من أهل التصرف ، فلم يصح تصرفهم ^(٣) ، كما لو وكلهم ^(٤) في العتق ، (وإن جعله في يد كافر أو عبد صح ، لأنهما ممن ^(٥) يصح طلاقه لنفسه ، فصح توكيلهما فيه ^(٦)) ، وإن جعله في يد امرأة صح : لأنه يصح توكيلها في العتق ، فصح في الطلاق كالرجل . وإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته ، وقد مضى ذلك . وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه ، فقال : إذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثاً ، فطلقها ثلاثاً ، لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق ، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها ، أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه ، وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك ، نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال : لها أمرك بيدك ، فقالت : اخترت نفسى : ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل ، وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل ، وليست من أهل التصرف ، وظاهر كلام أحمد : أنها إذا عقلت الطلاق وقع طلاقها ، وإن لم تبلغ ، كما قررناه في الصبي إذا طلق ، وفي الصبي رواية أخرى : لا يقع طلاقه حتى يبلغ ، فكذلك يخرج في هذه ، لأنها مثله في المعنى ، والله أعلم .

(فصل)

٥٨٠٩

فإن جعله في يد اثنين ، أو وكل اثنين في طلاق زوجته صح ، وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل إليه ذلك ، لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً ، وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وإن طلق أحدهما واحدة ، والآخر ثلاثاً ، وقعت واحدة ، وبهذا قال إسحاق ، وقال الثوري : لا يقع شيء .

ولنا : أنهما طلقا جميعاً واحدة مأذوناً فيها ، فصح كما لو جعل إليهما واحدة .

(١) في ٣٩ : بأيديهما . (٢) في ٣٩ . متبها . (٣) في ٣٩ تصرفهما . (٤) في ٣٩ . وكلهما .

(٥) في المطبوعة . لأنه والسياق يقتضى ما أثبتناه من ١٨

(٦) ما بين الحاصرتين ساقط من ٣٩ . واستدركه في ١٨ على الهامش .

(فصل)

٥٨١٠

ويصح تعليق أمرك بيدك ، واختارى نفسك بالشروط ، وكذلك إن جعل ذلك إلى أجنبي صح مطلقاً ومقيداً ومعلقاً ، نحو أن يقول : اختارى نفسك ، وأمرك بيدك شهراً ، أو إذا قدم فلان ، فأمرك بيدك ، أو اختارى نفسك يوماً ، أو يقول ذلك لأجنبي ، قال أحمد : إن قال : إذا كان سنة أو أجل مسمى فأمرك بيدك ، فإذا دخل ذلك فأمرها بيدها ، وليس لها قبل ذلك أمر ، وقال أيضاً : إذا تزوج امرأة وقال لأبيها : إن جاءك خبري إلى ثلاث سنين ، وإلا فأمرابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره ، فطلقها الأب ، فإن كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه . ووجه هذا أنه فوض أمر الطلاق إلى من يملكه ، فصح تعليقه على شرط كالتوكيل الصريح فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ما جعله إليه ، في الوقت الذي عينه له لاقبله ولا بعده ، وللزوج الرجوع في هذا ، لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه للرجوع إلا ببينة لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه ، فإن طلق الوكيل والزوج غائب كره للمرأة التزوج ، لأنه يحتمل أن الزوج رجع في الوكالة ، وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة ، وحله القاضي على الاستحباب والاحتياط ، فإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ، ومنع منه أحد أيضاً لهذه العلة ، وحله القاضي أيضاً على الاستحباب لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين . وقول أحمد : رجوعه أن يشهد على أنه رجع فيما جعل إليه ، معناه : أنه لا يقبل قوله : إنه قد رجع إليه إلا ببينة ، ولو صدقته المرأة في أنه قد رجع قبل ، وإن لم تكن له بينة .

﴿مسألة﴾

٥٨١١

قال ﴿ولو خيرها فاختارت فُرقتَ من وقتها ، وإلا فلا خيار لها﴾

أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور إن اختارت في وقتها ، وإلا فلا خيار لها بعده . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، وجابر رضي الله عنهم . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك في إحدى الروايتين : هو على التراخي ، ولها الاختيار في المجلس وبعده ، ما لم يفسخ أو يبطأ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها ^(١) « إني ذاكرك لأك أمراً فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمرى أبويك » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها إليها ، فأشبهه أمرك بيدك .

(٢) رواه الجماعة إلا أبا داود عن عائشة (ف) .

ولنا : أنه قول من سمينا من الصحابة . روى النجاد بإسناده عن سميد بن المسيب ، أنه قال : قضى هر وعثمان في الرجل يخيّر امرأته : أن لها الخيار ما لم يتفرقا . وعن عبد الله بن عمر قال : مادامت في مجلسها ، ونحوه عن ابن مسعود ، وجابر . ولم نعرف لها مخالفاً في الصحابة ، فكان إجماعاً . ولأنه خيار تملك ، فكان على الفور كخيار القبول . فأما الخبر ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخي ، وخلافنا في المطلق . وأما أمرك بيدك فهو توكيل ، والتوكيل بعم الزمان ما لم يقيد به ، بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٥٨١٢

وقوله : في وقتها ، أى : عقيب كلامه ، ما لم يخرجها من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق ، فإن تفرقا عن ذلك الكلام إلى كلام غيره بطل خيارها . قال أحمد : إذا قال لامرأته : اختارى ، فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام . فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ، ولم تختَرْ فلا خيار لها وهذا مذهب أبى حنيفة ، ونحوه مذهب الشافعى ، على اختلاف عنه . فقيل عنه : إنه يقتيد بالمجلس ، وقيل : هو على الفور . وقال أحمد أيضاً : الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ويجاوبها ، إنما هو جواب كلام ، إن أجابته من ساعته ، وإلا فلا شيء . ووجهه : أنه تملك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الإمكان ، فلم يصح كما لو قامت من مجلسها ، فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها . وقال أبو حنيفة : يبطل بقيامها دون قيامه ، بناء على أصله في أن الزوج لا يملك الرجوع . وعندنا أنه يملك الرجوع ، فبطل بقيامه ، كما يبطل بقيامها . وإن كان أحدهما قائماً أو ممتسئ بطل الخيار ، وإن قعد لم يبطل . والفرق بين القيام والقعود أن القيام يبطل الفكر والارتياح في الخيار ، فيكون إعراضاً ، والقعود بخلافه . ولو كانت قاعدة فاسكات ، أو متكئة فعمدت ، لم يبطل ، لأن ذلك لا يبطل الفكرة . وإن تشاغل أحدهما بالصلاة بطل الخيار ، وإن كانت في صلاة فأنتمت لم يبطل خيارها ، وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها ، وإن أكلت شيئاً يسيراً ، أو قالت : بسم الله ، أو سبحت شيئاً يسيراً لم يبطل ، لأن ذلك ليس بإعراض ، وإن قالت : أدع لى شهوداً أشهدم على ذلك لم يبطل خيارها ، وإن كانت راكبة فسارت بطل خيارها ، وهذا كله قول أصحاب الرأى .

(فصل)

٥٨١٣

فإن جعل لها الخيار متى شئت ، أو في مدة ، فلها ذلك في تلك المدة وإذا قال : اختارى إذا شئت ، أو متى شئت ، أو متى ماشئت ، فلها ذلك ، لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الأوقات ، وإن قال : اختارى اليوم وغداً ، وبعد غد ، فلها ذلك فإن ردت الخيار في الأول بطل كله ، وكذلك إن قال : لا تمجلى

حتى تستأمرى أبويك ونحوه ، فلها الخيار على التراخي . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعائشة ، فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير . وإن قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا ، فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني . وقال أبو حنيفة : لا يبطل في المسألة الأولى أيضاً ، لأنها خياران في زمنين ، فلم يبطل أحدهما برد الآخر ، قياساً على المسألة الثانية .

ولنا : أنه خيار واحد في مدة واحدة ، فإذا بطل أوله بطل ما بعده ، كما لو كان الخيار في يوم واحد ، وكخيار الشرط ، وخيار المعلقة ، ولا نسلم أنها خياران ، وإنما هو خيار واحد في يومين ، وفارق ما إذا قال : اختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غداً ، فإنها خياران ، لأن كل واحد ثبت بسبب مُفْرَد . ولو خيّرهما شهراً فاختارت نفسها ، ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار . وعند أبي حنيفة : لها الخيار .

ولنا : أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لها في عقد ثان ، كما لو اشترط الخيار في ساعة مدة ، ثم فسخ ، ثم اشتراها بمقد آخر في تلك المدة . ولو لم تختَر نفسها ، أو اختارت زوجها ، وطلقها الزوج ، ثم تزوجها بطل خيارها ، لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه ، كما في البيع ، والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في التخيير ، لأنه نوع تخيير . ولو قال لها : اختارى ، أو أمرك بيدك اليوم ، وبعد الغد ، فردت في اليوم الأول ، لم يبطل بعد في غد ، لأنها خياران يفصل أحدهما من صاحبه ، فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر ، بخلاف ما إذا كان الزمان متصلًا ، واللفظ واحداً ، فإنه خيار واحد ، فبطل كله ببطلان بعضه ، وإن قال : لك الخيار يوماً ، أو أمرك بيدك يوماً ، فابتدأه من حين نطق به ، إلى مثله من الغد . لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وإن قال : شهراً ، فن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوماً إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : الشهر . أو اليوم ، أو السنة ، فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة .

﴿ مسألة ﴾

٥٨١٤

قال ﴿ وليس لها أن تختار أكثر من واحدة ، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ﴾

وجملة الأمر : أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطْلَقِها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر وعائشة رضي الله عنهم . وروى ذلك عن جابر ، وعبد الله بن عمرو ، وقال أبو حنيفة : هي واحدة بائن . وهو قول ابن شبرمة ، لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها ، ولا يكون إلا بالبينونة . وقال مالك : هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لا تَبِينُ بأقل من ثلاث إلا أن تكون بموض .

ولنا : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن من سمينا منهم قالوا : إن اختارت نفسها فهي واحدة ،

وهو أحق بها . رواه النجاد عنهم بأسانيده . ولأن قوله : اختارى تفويض مطلق ، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وذلك طلقة واحدة . ولا يجوز أن تكون بائناً ، لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول ، فأشبهه ما لو طلقتها واحدة ، ويخالف قوله : أمرك ببيدك ، فإنه للعموم ، فإنه اسم جنس ، فيتناول جميع أمرها ، لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها ، سواء جعله بلفظه ، مثل أن يقول : اختارى ما شئت ، أو اختارى الطلقات الثلاث إن شئت ، فلها أن تختار ذلك ، فإن قال : اختارى من الثلاث ما شئت ، فلها أن تختار واحدة أو اثنتين ، وليس لها اختيار الثلاث بكاملها ، لأن « من » للتبويض ، فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث ، فلا يكون لها اختيار الجميع ، أو جملة نيته ، وهو : أن ينوي بقوله : اختارى ، عدداً . فإنه يرجع إلى ما نواه ، لأن قوله : اختارى . كناية خفية ، فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته ، كسائر الكنايات الخفية ، فإن نوى ثلاثاً ، أو اثنتين ، أو واحدة ، فهو على ما نوى . وإن أطلق النية فهي واحدة : وإن نوى ثلاثاً فطلقت أقل منها وقع ما طلقت ، لأنه يعتبر قولها جميعاً ، فيقع ما اجتمعا عليه ، كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة ، والآخر ثلاثاً .

(فصل)

٥٨١٥

وإن خيرها فاختارت زوجها ، أو ردت الخيار ، أو الأثر ، لم يقع شيء . نص عليه أحمد في رواية الجماعة . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وابن المنذر . وعن الحسن : تكون واحدة رجعية ، وروى ذلك عن علي ، ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد ، قال : فإن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة ، وإن اختارت نفسها فثلاث . قال أبو بكر : انفرد بهذا إسحاق بن منصور ، والعمل على ما رواه الجماعة . ووجه هذه الرواية أن التخيير كناية نوى بها الطلاق ، فوقع بها بمجردا ، كسائر كناياته ، وكقوله : أنكحني من شئت .

ولما : قول عائشة : قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فكان طلاقاً : وقالت : لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي ، فقال : « إِنِّي لَخَيْرُكِ خَيْرًا ، فَلَا عَلَيْكِ إِلَّا تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكَ - ثُمَّ قَالَ - إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُمْ تُرِيدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا - حَتَّى بَلَغَ - إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْجَسَنَاتِ مِنْكُمْ أَجْرًا عَظِيمًا » فقالت : في أي هذا استأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة . قالت : ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت . متفق عليهما . قال مسروق . ما أبالي ، خبرت امرأتى واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارني ، ولأنها مخيرة اختارت النكاح ؟ فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد . فأما إن قالت : اخترت نفسي ،

فَيَقْرَأُ إِلَى نَيْتِهَا ، لِأَنَّهُ لَفْظُ كَفَايَةِ مِنْهَا ، فَإِنْ نَوَى أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ لَمْ يَقْع ، لِأَنَّ الزَّوْجَ إِذَا لَمْ يَنْوِ فَا فَوْضَ إِلَيْهَا الطَّلَاقَ ، فَلَا يَصِحُّ أَنْ يَقْعَهُ . وَإِنْ نَوَى وَلَمْ تَنْزِ هِيَ فَقَدْ فَوْضَ إِلَيْهَا الطَّلَاقَ ، فَمَا أَوْقَعْتَهُ ، فَلَمْ يَقْعْ شَيْءٌ كَمَا لَوْ كَلَّ وَكَيْلًا فِي الطَّلَاقِ فَلَمْ يَطْلُقْ وَإِنْ نَوَى جَمِيعًا وَقَعَّ مَا نَوَى بِهِ مِنْ الْعَدَدِ إِنْ اتَّفَقَا فِيهِ . وَإِنْ نَوَى أَحَدُهُمَا أَقْلَ مِنَ الْآخَرِ وَقَعَّ الْأَقْلَ ، لِأَنَّ مَا زَادَ انْفَرَدَ بِهِ أَحَدُهُمَا ، فَلَمْ يَقْعْ .

(فصل)

٥٨١٦

وإن قال : أمرك بيدك ، أو اختار . فقالت : قبلت ، لم يقع شيء ، لأن أمرك بيدك ، توكيل ، فتولها في جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوكالة ، فلم يقع شيء ، كما لو قال لأجنبي : أمر امرأتى بيدك . فقال : قبلت . وقوله : اختارى في معناه ، وكذلك إن قالت : أخذت أمرى . نصر عليهما أحمد في رواية إبراهيم بن هانيء ، إذا قال لامرأته : أمرك بيدك ، فقالت : قبلت : ليس بشيء حتى تبين . وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ، ليس بشيء . قال : وإذا قال لامرأته : اختارى فقالت : قبلت نفسى ، أو قالت : اخترت نفسى ، كان أبيض . قال القاضى : ولو قالت : اخترت ، ولم تقل : نفسى ، لم تطلق وإن نوت . ولو قال الزوج : اختارى ، ولم يقل : نفسك ، ولم ينو ولم تطلق ما لم تذكر نفسها ، ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام إليه ، لأن ذلك في حكم التفسير . فإذا عرى عن ذلك لم يصح . وإن قالت : اخترت زوجى ، أو اخترت البقاء على النكاح ، أو رددت الخيار ، أو رددت عليك سفهتك ، بطل الخيار . وإن قالت : اخترت أهلى ، أو أبوى ، ونوت ، وقع الطلاق ، لأن هذا يصلح كناية من الزوج فيما إذا قال : الحق بأهلك ، فكذلك منها ، وإن قالت : اخترت الأزواج فكذلك ، لأنهم لا يحلّون إلا بفارقة هذا الزوج ، ولذلك كان كناية منه في قوله : انكحى من شئت .

(فصل)

٥٨١٧

فإن كرر لفظ الخيار ، فقال : اختارى ، اختارى ، اختارى . فقال أحمد : إن كان إنما يردد عليها ليفهما وليس نيته ثلاثا فهي واحدة . وإن كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث ، فردّ الأمر إلى نيته في ذلك . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : إذا قبلت وقع ثلاثا ، لأنه كرر ما يقع به الطلاق ، فتكرر كما لو كرر الطلاق .

ولنا أنه يحتمل التأكيد ، فإذا قصد به قبل منه ، كما لو قال : أنت طالق الطلاق . وإن أطلق فقد روى عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة ، وهذا اختيار القاضى ، ومذهب عطاء ، وأبي ثور ،

لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار ، كشرط الخيار في البيع ، وروى عن أحمد إذا قال لامرأته : اختارى ، فقالت : اخترت نفسى ، هى واحدة . إلا أن يقول : اختارى ، اختارى ، اختارى . وهذا يدل على أنها تعلق ثلاثاً ، ونحوه قال الشعبي ، والنخعي ، وأصحاب الرأى ، ومالك ، لأن اللفظة الواحدة تقتضى طَلَقَةً ، فإذا تكررت اقتضت ثلاثاً كلفظة الطلاق .

(فصل)

٥٨١٨

فإن قال لزوجته : طلقى نفسك ، ونوى عدداً ، فهو على ما نوى . وإن أطلق من غير نية لم يملك^(١) إلا واحدة ، لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، وكذلك الحكم لو وكل أجنبياً ، فقال طلق زوجتى ، فالحكم على ما ذكرناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : طلقى نفسك ، ونوى ثلاثاً ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ، وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثاً ، فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينفو تناول اليقين ، وهو الواحدة فإن طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل فى المجلس ، أو بعده ، وقع الطلاق ، لأنه توكيل . وقال القاضى : إذا قال لها : طلقى نفسك ، تقيد بالمجلس ، لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس ، كقوله : اختارى .

ولنا : أنه توكيل فى الطلاق ، فكان على التراخى ، كتوكيل الأجنبى . وكقوله : أمرك بيدك . وفارق اختارى ، فإنه تخيير ، وما ذكره ينتقض بقوله : أمرك بيدك ، ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح وبالكناية ، مع النية وقال بعض أصحاب الشافعى : ليس لها أن توقعه بالكناية ، لأنه فوض إليها بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها .

ولنا : أنه فوض إليها الطلاق ، وقد أوقعه فوق ، كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكره غير صحيح ، فإن التوكيل فى شيء لا يقتضى أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر . من جهته ، كما لو قال لوكيله : بع دارى ، جاز له بيعها بلفظ التملك ، وإن قال لها : طلقى ثلاثاً ، فطلقت واحدة ، وقع . نص عاينه ، وقال مالك : لا يقع شيء ، لأنها لم تمثل أمره .

ولنا : أنها ملكت إيقاع ثلاث فلكت إيقاع واحدة كالوكل ، ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة ، فقال : قبلت واحداً منهم صح ، كذا هبنا . وإن قال : طلقى واحدة فطلقت ثلاثاً ، وقعت واحدة نص عليه أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعى وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء ، لأنها لم تأت بما يصح قبولاً ، فلم يصح كما لو قال : بمتك نصف هذا العبد ، فقال : قبلت البيع فى جميعه .

(١) الظاهر (لم تملك) بالتاء لا بالياء .

ولنا : أنها أوقعت طلاقاً مأذوناً فيه ، وغيره ، فوق المأذون فيه دون غيره ، كما لو قال : طلقى نفسك ، فطلقت نفسها وضراً برها ، فإن قال : طلقى نفسك ، فقالت : أنا طالق إن قدم زيد ، لم يصح . لأن إذارته انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط ، وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله .

(فصل)

٥٨١٩

نقل عنه أبو الحارث : إذا قال : طلقى نفسك طلاق السنة ، قالت : قد طلقت نفسي ثلاثاً ، هي واحدة ، وهو أحق برجمتها ، إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ ، وهو طلاقة واحدة ، سيما وطلاق السنة في الصحيح طلاقة واحدة في طهر لم يصحبها فيه .

(فصل)

٥٨٢٠

ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بموض ، وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها ، وأنه يبطل بالوطء . قال أحمد : إذا قالت امرأته : اجعل أمرى بيدي ، وأعطيك عبدى هذا ، قبض العبد ، وجعل أسرها بيدها ، فلها أن تختار ما لم يطلها أو ينقضه ، وذلك لأنه توكيل ، والتوكيل لا يلزم بدخول الموض فيه ، وكذلك التملك بموض لا يلزم ، ما لم يتصل به القبول كالبيع .

(فصل)

٥٨٢١

إذا اختلفا فقال الزوج : لم أنوِ الطلاق بلفظ الاختيار ، وأمرك بيدك . وقالت : بل نويت ، كان القول قوله ، لأنه أعلم بنية ، ولا سبيل إلى معرفته إلا من جهته ، ما لم يكن جواب سؤال ، أو معها دلالة حال ، وإن قال : لم تنوِ الطلاق باختيار نفسك ، وقالت : بل نويت ، فالقول قولها لما ذكرنا . وإن قالت : قد اخترت نفسي ، وأنكر وجود الاختيار منها ، فالقول قوله ، لأنه منكر له ، وهو ما يمكنه علمه وتأكيدها إقامة البينة عليه ، فأشبه ما لو علق طلاقها على دخول الدار ، فادعته فأنكره .

(فصل)

٥٨٢٢

إذا قال لزوجته : أنت على حرام . وأطلق ، فهو ظاهر . وقال الشافعي : لا شيء عليه . وله قول آخر : عليه كفارة يمين ، وليس بيمين . وقال أبو حنيفة : هو يمين ، وقد روى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ابن الخطاب ، وابن مسعود رضي الله عنهم . وقال سعيد : حدثنا خالد بن عبد الله ، عن جويبر ، عن الضحاك : أن أبا بكر ، وعمر ، وابن مسعود ، قالوا ، في الحرام يمين ، وبه قال ابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وعن أحمد ما يدل على ذلك ، لأن الله تعالى قال : « لَمْ نَحْرِمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ

لَكَ» ثُمَّ قَالَ : « قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ^(١) » وقال ابن عباس « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ^(٢) » ، ولأنه تحريم للحلال ، أشبهه تحريم الأمة .

ولنا : أنه تحريم للزوجة بغير طلاق ، فوجب به كفارة الظهار ، كما لو قال : أنت على حرام كظهر أمي . فأما إن نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة . أنه ظهار ، نوى الطلاق أو لم ينوه . وذكره الخيّر في موضع غير هذا ، ومن قال : إنه ظهار : عثمان بن عفان ، وابن عباس ، وأبو قلابة ، وسعيد جبير ، وميمون بن مهران ، والبتى . روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام : أنه تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكينا ، ولأنه صريح في تحريمها ، فكان ظهاراً . وإن نوى غيره كقوله : أنت على كظهر أمي وعن أحمد : أنه إذا نوى الطلاق كان طلاقاً . قال : إذا قال : ما أحل الله على حرام ، بمعنى به الطلاق ، أخاف أن يكون ثلاثاً ، ولا أفتى به . وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة ، فسكانه جعله من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوى في رجل قال لا مرأته : أملك بيدك ، فقالت : أنا عليك حرام ، فقد حرمت عليه ، فجعله منها كناية في الطلاق ، فكذلك من الرجل . واختاره ابن عقيل . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ^١ . وروى ذلك عن ابن مسعود . ومن روى عنه أنه طلاق ثلاث على ، وزيد بن ثابت ، وأبو هريرة ، والحسن البصري ، وابن أبي ليلى . وهو مذهب مالك في المدخول بها ، لأن الطلاق نوع تحريم ، فصح أن يكفى به عنه ، كقوله : أنت بائن . فأما إن لم ينو الطلاق فلا يكون طلاقاً بحال ، لأنه ليس بصريح في الطلاق ، فإذا لم ينو معه لم يقع به طلاق كدائر الكنايات . وإن قلنا . إنه كناية في الطلاق ، ونوى به ، فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي . وكل على أصله . ويمكن تحمله على الكنايات الخفية . إذا قلنا . إن الرجمة محرمة ، لأن أقل ما تحرّم به الزوجة طلاق رجعية ، فحمل على اليقين . وقد روى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه قال : إذا قال : أنت على حرام ، أعني به طلاقاً ، فهي واحدة . وروى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، والزهري . وقد روى عن مسروق ، وأبي سلمة بن عبد الرحمن ، والشعبي : ليس بشيء ، لأنه قول هو كاذب فيه ، وهذا يبطل بالظهار ، فإنه منكر من القول وزور ، وقد وجبت الكفارة ، ولأن هذا إيقاع للطلاق ، فأشبهه قوله : أنت بائن ، أو أنت طالق . وروى عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يمينا . فإنه قال في رواية مهنا : إنه إذا قال : أنت على حرام ، ونوى يمينا ، ثم تركها أربعة أشهر قال هو يمينا ، وإنما الإيلاء أن يحلف بالله ألا يقرب امرأته .

فظاهر هذا أنه إذا نوى اليمين كانت يمينا . وهذا مذهب ابن مسعود ، وقول أبي حنيفة ، والشافعي ، ومن روى عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق ، وعمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وسعيد ابن المسيب ، والحسن وعطاء ، وطاوس ، وسليمان بن يسار ، وقتادة ، والأوزاعي . وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول . إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين ، يكفرها . وقال : « لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ^(١) » ولأن الله تعالى قال : « يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ؟ تَبْتَغِي مَرْضَاةَ أَزْوَاجِكَ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ » قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ^(٢) . فجعل الحرام يمينا . ومعنى قوله . نوى يمينا . والله أعلم ، أنه نوى بقوله . أنت على حرام . ترك وطئها واجتنبائها ، وأقام ذلك مقام قوله . والله لا وطئتُك .

(فصل)

٥٨٢٣

وإن قال : أنت على حرام ، أعني به الطلاق ، فهو طلاق . رواه الجماعة عن أحمد . رروى عنه أبو عبد الله النيسابوري . أنه قال : إذا قال : أنت على حرام ، أريد به الطلاق — كنت أقول إنها طائق — يكفر كفارة الظهار ، وهذا كأنه رجوع عن قوله : إنه طلاق . ووجهه . أنه صريح في الظهار ، فلم يصّر طلاقاً بقوله : أريد به الطلاق ، كما لو قال أنت على كظهر أمي ، أعني به الطلاق . قال القاضي : ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق ، وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة ، لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقاً ، كما لو ضربها وقال : هذا طلاقك ، وليس هذا صريحاً في الظهار ، إنما هو صريح في التحريم ، والتحريم يتنوع إلى تحريم بالظهار ، وإلى تحريم بالطلاق ، فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق ، وجب صرفه إليه . وفارق قوله أنت على كظهر أمي ، فإنه صريح في الظهار ، وهو تحريم لا يرتفع إلا بالكفارة ، فلم يمكن جعل ذلك طلاقاً ، بخلاف مسألتنا . ثم إن قال : أعني به الطلاق ، أو نوى به ثلاثاً ، فهي ثلاث نص عليه أحمد ، لأنه أتى بالآلف واللام ، التي للاستغراق ، تفسيراً للتحريم فيدخل فيه الطلاق كله . وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوق كما لو قال : أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثاً حتى بنويها ، سواء كانت فيه الآلف واللام أو لم تكن ، لأن الآلف واللام تكون غير الاستغراق في أكثر أسماء الأجناس . وإن قال : أعني به طلاقاً فهو واحدة ، لأنه ذكره منكرراً ، فيكون طلاقاً واحداً ، نص عليه أحمد . وقال في رواية حنبل ^(٣) : إذا قال أعني طلاقاً ، فهي واحدة أو اثنتان إذا لم تكن فيه ألف ولام .

(٢) سورة التحريم آية ١ ، ٢

(١) سورة الأحزاب ٢١

(٣) هو عم الإمام أحمد بن حنبل .

٥٨٢٤

(فصل)

فإن قال : أنت على كظهر أمي ، ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً ، لأنه صريح في الظهار ، فلم يصلح كناية في الطلاق ، كما لا يكون الطلاق لغاية في الظهار ، ولأن الظهار تشبيه بمن هي محرمة على التأبيد ، والطلاق يُفيد تحريمًا غير مؤبد ، فلم تصلح الكناية بأحدهما عن الآخر ، ولو صرح به فقال : أعني به الطلاق ، لم يصح طلاقاً ، لأنه لا يصلح الكناية به عنه .

٥٨٢٥

(فصل)

وإن قال : أنت على كالميتة والدم ، ونوى به الطلاق كان طلاقاً ، لأنه يصلح أن يكون كناية فيه ، فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ، ويقع به من عدد الطلاق ما نواه ، فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، لأنه من الكنایات الخفية . وهذا حكما . وإن نوى به الظهار وهو : أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها ، احتمل أن يكون ظهاراً كما قلنا في قوله : أنت على حرام ، واحتمل ألا يكون ظهاراً ، كما لو قال : أنت على كظهر البهيمة ، أو كظهر أمي . وإن نوى البين وهو : أن يريد بذلك ترك وطئها ، لا تحريمها ، ولا طلاقها ، فهو يمين . وإن لم ينو شيئاً لم يكن طلاقاً ، لأنه ليس بصريح في الطلاق ، ولا نواه به . وهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين .

أحدهما : يكون ظهاراً ، لأن معناه ، أنت حرام على كالميتة والدم ، فإن تشبيهها بهما يقتضي التشبيه بهما في الأمر الذي اشتراها به ، وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما : « حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ » : (١) والثاني : يكون يميناً ، لأن الأصل براءة للذمة ، فإذا أنى بلفظ مُحْتَمَل ثبت به أقل الحكمين ، لأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فلا تثبته بالشك ، ولا نزول عن الأصل إلا بيقين ، وعند الشافعي : هو كقول : أنت على حرام سواء :

٥٨٢٦

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ وإذا طلقها بلسانه واستثنى شيئاً بقلبه ، وقع الطلاق ، ولم ينفعه الاستثناء ﴾ وجهه ذلك : أن ما يقصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاثة أضرب :

أحدها : مالا يصح نطقاً ولا نية ، وذلك نوعان (أحدهما) (٢) : . ارفع حكم اللفظ كله ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، أو أنت طالق طلقة لا تلزمك ، أو لا تقع عليك ، فهذا لا يصح بلفظه ولا بنيته ، لأنه يرفع حكم اللفظ كله ، فيصير الجميع لغواً ، فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق . وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ، ووقع الطلاق .

(١) سورة المائدة آية ٣ (٢) هكذا ، ولم يذكر النوع الثاني . ولم نجد في الأصول التي بين أيدينا .

الضرب الثاني : ما يُقبل لفظاً ، ولا يقبل نيةً ، لافي الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى . وهو استثناء الأقل ، فهذا يصح لفظاً ، لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية . مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثاً ويستثنى بقلبه^(١) إلا واحدة . أو أكثر فهذا لا يصح ، لأن العدد نص فيما تناوله ، لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ . فإن اللفظ أقوى من النية . ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملاً للفظ في غير ما يصاح له ، فوقع مقتضى اللفظ ، وَلَفَتْ نِيَّتَهُ .

وحكى عن بعض الشافعية : أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى^(٢) ، كما لو قال : نسائي طواقي ، واستثنى بقلبه إلا فلانة . والفرق بينهما . أن نسائي اسم عام ، يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيراً ، فإذا أراد به البعض صح . وقوله : ثلاثاً اسم عدد للثلاث ، لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه ، فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ مالا يحتمله ، وإعما لعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته ، فأما مالا يحتمل فلا ، فإننا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملاً بمجرد النية ، وبمجرد النية لا تعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ، ولو قال : نسائي الأربع طواقي ، أو قال لمن : أربمتكن طواقي ، واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عني باللفظ مالا يحتمل .

الضرب الثالث : ما يصح نطقاً ، وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وذلك مثل تخصيص اللفظ العام ، أو استعمال اللفظ في مجازه ، مثل قوله نسائي طواقي يريد بعضهن ، أو بنوى بقوله : طالق ، أى من وثاق ، فهذا يقبل إذا كان لفظاً وجهاً واحداً ، لأنه وصل كلامه بما بين مراده ، وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص ، وهذا سائغ في اللغة ، شائع في الكلام فلا يمنع من استعماله ، والتكلم به ، ويكون اللفظ بنيته منصرفاً إلى ما أراده دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج عن روايتين .

إحداهما . يقبل ، لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق : وأراد بالثانية إلهامها .

والثانية : لا يقبل ، لأنه خلاف الظاهر ، وهو مذهب الشافعي ، ومن شرط هذا : أن تكون النية مقارنة للفظ ، وهو أن يقول : نسائي طواقي ، يقصد بهذا اللفظ بعضهن ، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال : نسائي طواقي ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن ، لم تنفعه النية ، ووقع الطلاق بجميعهن ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : بضميره .

(٢) في المخطوطة ١٨ : سبحانه .

وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن ، أى : من وثاق ، لزمه الطلاق ، لأنه مقتضى اللفظ ، والنية الأخيرة نية مجردة لا لفظ معها ، فلا تعمل .

ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال ، مثل أن يقول : أنت طالق ، ثم يصله بشرط أو صفة ، مثل قوله : إن دخلت الدار ، أو بعد شهر أو قال : إن دخلت الدار بعد شهر ، فهذا يصح إذا كان نطقاً^(١) بغير خلاف ، وإن نواه ولم يلفظ به دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين .

قال في رواية إسحاق بن إبراهيم ، فيمن حلف لا تدخل الدار وقال : نويت شهراً ، يقبل منه أو قال . إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ، ونوى تلك الساعة ، وذلك اليوم ، قبلت نيته .

والرواية الأخرى : لا تقبل ، فإنه قال : إذا قال لامرأته : أنت طالق ، ونوى في نفسه^(٢) إلى سنة ، تطلق ليس ينظر^(٣) إلى نيته ، وقال : إذا قال : أنت طالق وقال : نويت إن دخلت الدار : لا يصدق ، ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يُحمّل قوله في القبول على أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف . والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها : أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير ، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ ، فهو قريب من الاستثناء ، ويمكن أن يقال : هذا كله من جملة التخصيص .

(فصل)

٥٨٢٧

وإذا قالت له امرأة من نسائه : طلقني . فقال : نسائي طوائق ، ولا نية^(٤) له ، طلقن كلهن بغير خلاف ، لأن لفظه عام ، وإن قالت له : طلق نساءك ، فقال : نسائي طوائق ، فكذلك ، وحكى عن مالك : أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة ، لأن الخطاب العام يُقصر على سببه الخاص ، وسببه سؤال طلاق من سواها .

ولنا : أن اللفظ عام فيها ، ولم يرد به غير مقتضاه ، فوجب العمل بعمومه كالصورة الأولى ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه ، واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فإن أخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في صورتين . وقبل في الحكم في الصورة الثانية ، لأن خصوص السبب دليل على نيته ، ولم يُقبل في الصورة الأولى : قاله ابن حامد^(٥) ، لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها ، فلا يصدق في صرفه عنها ، لأنه يخالف الظاهر من وجهين ، ولأنها سبب

(٣) في ٣٩ : ولا ينظر

(٢) في ٢٠ : في صميره

(١) في ٢٠ منطوقاً

(٢) في ٢٠ : كذا قال ابن حامد

(١) في ٣٩ : وليس له نية

الطلاق ، وسبب الحكم لا يجوز إخراجهم من العموم بالتخصيص ، وقال القاضي : يحتمل ألا تطلق ، لأن لفظه عام ، والعام يحتمل التخصيص .

(فصل)

٥٨٢٨

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار . ثم قال : إنما أردت الطلاق في الحال ، لكن سبق لسانى إلى الشرط ، طلقت في الحال ، لأنه أقر على نفسه بما يوجب الطلاق فلزمه ، كما لو قال : قد طلقتها فإن قال بعد ذلك : كذبت ، وإنما أردت طلاقها عند الشرط ، دين في ذلك ولم يقبل في الحكم ، لأنه رجوع عما أقر به .

(فصل)

٥٨٢٩

وقول الخرقى : واستثنى شيئاً بقلبه ، يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ، ولم يقع ما استثناءه وهو قول جماعة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أنها تطلق طالقين ، منهم : الثوري ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وحكى عن أبى بكر : أن الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلقات ، ويجوز في المطلقات ، فلو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وقع الثلاث : ولو قال نسأى طوالت إلا فلانة ، لم تطلق ، لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه ، والاستثناء يرفعه لو صح ، وما ذكره من التعليل باطل بما سلمه من الاستثناء في المطلقات ، وليس الاستثناء رفعاً لما وقع ، إذ لو كان كذلك لما صح في المطلقات ولا الإعتاق ، ولا في الإقرار ، ولا الأخبار ، وإنما هو مبين أن المستثنى غير مراد بالكلام ، فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل . فقله : « فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا »^(١) ، عبارة عن تسعة وخمسين ، وقوله : « إِنِّي بَرَاءٌ لِّمَا تَعْبُدُونَ * إِلَّا الَّذِي فَطَرَنِي »^(٢) . تبرؤ من غير الله . فكذلك قوله : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، عبارة عن اثنتين لا غير ، وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا وبشبهه به أسماء وأفعال وحروف . فالأسماء : غير ، وسوى . والأفعال : ليس ، ولا يكون ، وعدا . والحروف : حاشا ، وخلا . فأى كلمة استثنى بها صح الاستثناء .

(فصل)

٥٨٣٠

ولا يصح استثناء الأكثر ، نص عليه أحمد . فلو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، وقع ثلاث . والأكثر على أن ذلك جائز ، وقد ذكرناه في الإقرار . وذكرنا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل

(٢) سورة الزخرف آية ٢٦ ، ٢٧

(١) سورة العنكبوت آية ١٤

من الكثير ، وحكيما ذلك عن جماعة من أئمة أهل اللغة ، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع اثنتان . وإن قال : إلا اثنتين وقع ثلاث . وإن قال : طائقتين إلا طائقة ففيه وجهان (أحدهما) : يقع طائقة . (والثاني) : طائقتان ، بناء على استثناء النصف هل يصح أولاً ؟ على وجهين .

وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، بغير خلاف ، لأن الاستثناء لرفع بعض المستثنى منه ، فلا يصح أن يرفع جميعه . وإن قال : أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً وقع ثلاث ، لأن الاستثناء إن عاد إلى الجنس فقد استثنى الأكثر ، وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رَفَعَ جميعها ، وكلاهما لا يصح . وإن قال خمساً إلا طائقة ففيه وجهان .

أحدهما : يقع ثلاث ، لأن الكلام مع الاستثناء كأنه نطق بما عدا المستثنى ، فكأنه قال : أنت طالق أربعاً . والثاني : يقع اثنتان ، ذكره القاضى ، لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطائقات وهى الثلاث ، وما زاد عليها يلغو ، وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ، ويقع طائقتان . وإن قال : أنت طالق أربعاً إلا اثنتين ، فعلى الوجه الأول يصح الاستثناء ، ويقع اثنتان . وعلى قول القاضى ينبغي ألا يصح الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث ، فيكون استثناء الأكثر .

(فصل)

٥٨٣١

فإن قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكاملها من غير زيادة عليها ، فيصير ذكرها واستثناؤها لغوا ، وكل استثناء أفصى تصحيحه إلى إلغائه^(١) وإلغاء المستثنى منه بطل^(٢) كاستثناء الجمع ، ولأن إلغاء وحده أولى من إلغائه مع إلغاء غيره ، ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين ، فيكون استثناء للجميع .

والوجه الثانى : يصح الاستثناء ، ويقع طائقتان ، لأن العطف بالواو يجعل الجلتين كالجملة الواحدة ، فيصير مستثنياً لواحدة من ثلاث ، ولذلك لو قال : له على مائة وعشرون درهماً إلا خمسين صح ، والأول ، أصح ، وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى .

وإن قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة ، فعلى الوجه الثانى يصح الاستثناء ، وعلى الوجه الأول (ينجز)^(٣) فى صحته وجهان ، بناء على استثناء النصف . وإن قال : أنت طالق ، وطالق وطالق إلا

(١) فى النسخ المطبوعة (الغاية) والصواب إلغائه كما فى الشرح الكبير ص ٣٥١ (ف) .

(٢) فى المخطوطة ٢ : فهو باطل . (٣) ساقطة من المخطوطة ١٨

طلقة . أو قال : طالق طلقتين ونصفاً إلا طلقة ، فالحكم في ذلك كالحكم في المسألة الأولى سواء . وإن كان العطف بغير واو كقوله : أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة ، لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضى الترتيب ، وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح . وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا اثنتين لم يصح الاستثناء ، لأنه إن عاد إلى الجملة التي تليها فهو رفع لجزئها ، وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها ، وكلاهما لا يصح . ويحتمل أن يصح ، بناء على أن العطف بالواو يحمل الجائز جملة واحدة ، وأن استثناء النصف يصح ، فكأنه قال : أربماً إلا اثنتين وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين إلا واحدة ، احتمل أن يصح ، لأنه استثنى واحدة من ثلاث : واحتمل ألا يصح ، لأنه إن عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث ، وإن عاد إلى الواحدة الباقية من ال اثنتين فهو استثناء للجميع .

(فصل)

٥٨٣٢

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة وطلقة وطلقة ، ففيه وجهان .

أحدهما : يلفو الاستثناء ، ويقع ثلاث ، لأن العطف يوجب اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه ، فيصير مستثنياً لثلاث من ثلاث . وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، وقول أبي حنيفة .

والثاني : يصح الاستثناء في طلقة ، لأن استثناء الأقل جائز ، وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة ، فيلغوا وحده . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح استثناء اثنتين ، ويلغو في الثالثة ، بناء على أصابهم في أن استثناء الأكثر جائز . وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي .

وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة . ففيه وجهان : وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصف ، احتمل وجهين أيضاً .

أحدهما : يلفو الإستثناء ، لأن النصف يكمل ، فيكون مستثنياً للأكثر فيلغو .

والثاني : يصح في طلقة ، فتقع طلقتان لما ذكرنا في التي قبلها . فإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وإلا واحدة ، فإن كان عاطفاً الاستثناء على الاستثناء ، فيصح الأول ، ويلغو الثاني ، لأننا لو صححناه لكان مستثنياً للأكثر ، فيقع به طلقتان . ويحییء على قول من أجاز استثناء الأكثر أن يصح فيهما ، فتقع طلقة واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة كان مستثنياً من الواحدة المستثناة واحدة ، فيحتمل أن يلفو الاستثناء الثاني ، ويصح الأول ، فيقع به طلقتان . ويحتمل أن يقع به الثلاث ، لأن الاستثناء الثاني معناه : إثبات طلقة في حقها ، لكون الاستثناء من النفي اثباتاً ، فيقبل ذلك

في إيقاع طلاقه ، وإن لم يُقْبَل في نفيه كما لو قال : أنت طالق طقتين ونصفا وقع به ثلاث . ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا نصف طلقة وقع به ثلاث ، فكل النصف في الإثبات ، ولم يكمل في النفي .

(فصل)

٥٨٣٣

ويصح الاستثناء من الاستثناء ، ولا يصح منه في الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها ، وهي قوله : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة ، فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف ، فيقع به طلقتان . فإن قيل : فكيف أجزتم استثناء الاثنين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليهما ، بل وصلهما ، بأن استثنى منها طلقة ، فصار عبارة عن واحدة . وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين لم يصح ، لأن استثناء الاثنين من الثلاث لا يصح ، لأنهما أكثرها ، واستثناء الثلاث من الثلاث لا يصح ، لأنهما جميعهما . وإن قال : ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح ، ووقع ثلاث ، لأنه إذا استثنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناءهما من الثلاث الأولى ، فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيها وجه آخر : أنه يصح لأن الاستثناء الأول يُلْفَو ، لكونه استثناء الجميع ، فيرجع إلى قوله : إلا واحدة إلى الثلاث المُشَبَّهَةِ ، فيقع منها طلقتان ، والأول أولى ، لأن الاستثناء من الإثبات نفي ، ومن النفي إثبات ، فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتا لها ، فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة ، لأنه يكون إثباتا من إثبات . ولا يصح الاستثناء في جميع ذلك إلا متصلا بالكلام ، وقد ذُكِرَ في الإقرار والله أعلم .

﴿مسألة﴾

٥٨٣٤

قال ﴿ وإذا قال لها : أنت طالق في شهر كذا ، لم تطلق حتى تغيب شمس اليوم الذي يلي الشهر المشترط ﴾

وجلة ذلك : أنه إذا قال : أنت طالق في شهر عَيْنَه كسهر رمضان وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه ، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذي قبله ، وهو من شهر شعبان . وهذا قال أبو حنيفة . وقال أبو ثور : يقع الطلاق في آخر رمضان ، لأن ذلك يُحْتَمَل وقوعه في أوله وآخره ، فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال .

ولنا : أنه جَمَلَ الشَّهْرَ ظَرْفًا للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظَرْفًا له طلقت ، كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها^(١) طلقت . فأما إن قال : إن لم أقضِكَ حَقَّكَ في شهر رمضان فأمرأتى طالق ، لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضاؤه ، لأنه إذا قضاؤه في آخر ، لم توجد الصفة ، وفي الموضعين لا يُمنَعُ من وطء زوجته قبل الحنث . وقال مالك : يُمنَعُ ، وكذلك

(١) أي أول جزء من الدار .

كل يمين على فعل بفعله ، يُمنع من الوطء قبل فعله ، لأن الظاهر أنه على حِنْث ، لأن الحِنْث بترك الفعل ، وليس بفاعله .

ولنا : أن طلاقه لم يقع ، فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين ، كما لو حلف لا فَعَلْتُ كذا ، ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق .

(فصل)

٥٨٣٥

ومتى جَمَلَ زمنًا ظرفًا للطلاق وقع الطلاق في أول جزء منه ، مثل أن يقول : أنت طالق اليوم أو غدًا ، أو في سنة كذا ، أو شهر الحرم ، لما ذكرنا . فإن قال : في آخره ، أو أوسطه ، أو يوم كذا منه ، أو في النهار دون الليل ، قِيلَ منه فيما بينه وبين الله تعالى . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : أنت طالق في أول رمضان ، أو غرة رمضان ، أو في رأس شهر رمضان ، أو دخول شهر رمضان ، أو استقبال رمضان ، أو مجيء شهر رمضان ، طلقت بأول جزء منه ، ولم يقبل قوله : أردت أوسطه ، أو آخره ، لا ظاهرًا ولا باطنًا ، لأنه لا يَحْتَمِلُهُ لُفْظُهُ . وإن قال بانقضاء رمضان ، أو انسلاخه ، أو نفاذه ، أو مُصْطَبِهِ ، طلقت في آخر جزء منه . وإن قال : أنت طالق في أول نهار شهر رمضان أو في أول يوم منه ، طلقت بطولع الفجر أول يوم منه ، لأن ذلك أول النهار واليوم . ولهذا لو نذر اعتكاف يوم ، أو صيام يوم ، لزمه من طلوع الفجر . وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان ، أو إلى هلال رمضان ، أو في هلال رمضان ، طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون نوى من الساعة إلى الهلال ، فتطلق في الحال . وإن قال : أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام ، طلقت في أول اليوم الثالث .

(فصل)

٥٨٣٦

وإذا أوقع الطلاق في زمن ، أو علقه بصفة ، تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتي الصفة والزمن ، وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وجابر بن زيد ، والنخعي ، وأبي هاشم ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال سعيد بن المسيب والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، ويحيى الأنصارى ، وربيعه ، ومالك : إذا علق الطلاق بصفة تأتي لا محالة ، كقوله : أنت طالق إذا طلعت الشمس ، أو دخل رمضان ، طلقت في الحال ، لأن النكاح لا يكون مؤقتًا بزمان ، ولذلك لا يجوز أن يتزوجها شهرًا .

ولنا : أن ابن عباس كان يقول في الرجل ^(١) يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، قال : يَطَأُ فيما بينه وبين رأس السنة ، ولأنه إزالة مِلْكٍ يصح تعليقه بالصفات ، ففتى علقه بصفة لم يقع قبلها كالتعق ،

(١) في ٢٠ . قال في الرجل . . .

فإنهم سلموه . وقد احتج أحد بقول أبي ذر : « إِنَّ لِي إِبِلًا يَرْعَاهَا عَبْدٌ لِي وَهُوَ عَتِيقٌ لِي الْخَوْل » ، ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق إذا قدم الحاج ، وليس هذا توقيتاً للنكاح ، وإنما هو توقيت للطلاق . وهذا لا يمنع ، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقاً بشرط ، والطلاق يجوز فيه التعليق .

(فصل)

٥٨٣٧

ولو قال : أنت طالق إلى شهر كذا ، أو سنة كذا ، فهو كما لو قال في شهر كذا ، أو سنة كذا . ولا يقع الطلاق إلا في أول (ذلك) ^(١) الوقت . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يقع في الحال ، لأن قوله : أنت طالق إيقاع في الحال ، وقوله إلى شهر كذا تأقيت ^(٢) له وغاية ، وهو لا يقبل التأقيت ، فبطل التأقيت ، ووقع الطلاق .

ولنا : قول ابن عباس ، وقول أبي ذر ، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتاً لإيقاعه كقول الرجل : أنا خارج إلى سنة ، أي بعد سنة . وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك ، وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين .

أحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .

والثاني : أن ما ذكرناه عملٌ باليقين ، وما ذكرناه أخذٌ بالشك . فإن قال : أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا ، وقع في الحال ، لأنه يُقرُّ على نفسه بما هو أغلظ ، ولفظه يحتمل . وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال ، لأن « من » لا ابتداء الغاية ، فيقتضي أن طلاقها من اليوم . فإن قال : أردت أن عقد الصفة من اليوم ، ووقوعه بعد سنة ، لم يقع إلا بعدها . وإن قال : أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة ، طلقت من ساعتها ثلاثاً . إذا كانت مدخولاً بها . قال أحمد : إذا قال لها : أنت طالق من اليوم إلى سنة ، يريد التوكيد وكثرة الطلاق ، فذلك طالق من ساعتها .

(فصل)

٥٨٣٨

إذا قال : أنت طالق في آخر أول الشهر ، طلقت في آخر أول يوم منه ، لأنه أوله ، وإن قال : في أول آخره طلقت في أول آخر يوم منه ، لأنه آخره . وقال أبو بكر في الأولى ، تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه ، وفي الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادس عشر منه ، لأن الشهر نصفان ، أول وآخر فأخر أوله إلى أول آخره ، وهذا قول أبي عباس بن سريج ^(٣) ، وقال أكثرهم كقولنا ، وهو أصح ، فإن

(١) ساقطة من ٢٠ (٢) في ١٨ : توقيت (٣) في بعض النسخ وفي الشرح الكبير (أبي العباس بن سريج) بالشين والحاء والصواب بالسين والجم وهو أحمد بن عمر بن سريج البغدادي لقب بالباز الأشهب ولد ببغداد سنة ٢٤٩ هـ ومات فيها سنة ٣٠٦ هـ في طبقات الشافعية ج ٢ ص ٨٧ (ف) .

ماعداء اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ، ويصح نفيه عنه ، وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه ، فوجب ألا يصرف كلام الخالف إليه ، ولا يحمل كلامه عليه .

(فصل)

٥٨٣٨

وإذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق ، أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثني عشر شهراً بالأهلة ، لقوله تعالى « يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحِجَّةُ »^(١) فإن حلف في أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهراً وقع طلاقه ، وإن حلف في أثناء شهر عددت ما بقى منه ، ثم حسبت بعد الأهلة ، فإذا مضت أحد عشر شهراً نظرت ما بقى من الشهر الأول ، فكذلك ثلاثين يوماً ، لأن الشهر اسم لما بين هلالين . فإذا تفرقا كان ثلاثين يوماً وفيه وجه آخر : أنه تعتبر الشهور كلها بالعدد ، نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين ، فاعترض الأيام ، قال : يصوم ستين يوماً ، وإن ابتدأ من شهر ، فصام شهرين فكانا ثمانية وخمسين يوماً أجزأه ، وذلك أنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه ، فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضاً ، فوجب أن يكمله بالعدد ، وهذا المعنى موجود في السنة .

ووجه الأول : أنه أمكن استيفاء أحد عشر بالأهلة ، فوجب الاعتبار بها ، كالمكانت يمينه في أول شهر ، ولا يلزم أن يتم الأول من الثاني ، بل يتمه من آخر الشهور ، وإن قال : أردت بقولي : سنة ، إذا انسلخ ذو الحجة قبل ، لأنه يُقر على نفسه بما هو أغلظ . وإن قال : إذا مضت السنة فأنت طالق ، طلقت بانسلاخ ذي الحجة . لأنه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة ، فإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبل ، لأن السنة اسم لها حقيقة .

(فصل)

٥٨٣٩

فإن قال : أنت طالق في كل سنة طلقة ، فهذه صفة صحيحة ، لأنه يملك إيقاعه في كل سنة ، فإذا جعل ذلك صفة جاز ، ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه ، لأن كل أجل ثبت بمطلق المقد ثبت عقيب ، كقوله : والله لا كلمتك سنة ، فيقع في الحال طلقة ، لأنه جعل السنة ظرفاً للطلاق ، فتقع في أول جزء منها ، وتقع الثانية في أول الثانية ، والثالثة في أول الثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجمها في عدة الطلقة الأولى ، وعدة الثانية ، أو جدّد نكاحها بعد أن بان ، فإن انقضت عدتها فبان منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن ، لم تطلق ، لكونها غير زوجة^(٢) . فإن تزوجها في أمثائها اقتضى قول

(٢) في المخطوطة ٢٠ : ليست زوجة .

(١) سورة البقرة آية ١٨٩

أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها ، لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفاً للطلاق ، ومحلاً له ، وكان سبيله أن تقع في أولها ، فَمَنْعَ منه كونها غير محل الطلاق ، لعدم نكاحه حينئذ ، فإذا عادت الزوجية وقع في أولها . وقال القاضي : تطلق بدخول السنة الثالثة ، وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البيئونة ، فلا تعود بحال . وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ، ثم نكحها ، طلقت عقيب تزويجها ، ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة ، وعلى قول القاضي : لا تطلق إلا بدخول الرابعة ، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة ، وعلى قول التميمي : قد انحلت الصفة .

واختلف في مبدأ السنة الثانية ، فظاهر ما ذكره القاضي : أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهراً من حين يمينه ، لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه ، وكذلك قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو الخطاب : ابتداء السنة الثانية أول الحرم ، لأنها السنة المعروفة ، فإذا علق ما يتكرر على تكرّر السنين ، انصرف إلى السنين المعروفة ، كقول الله تعالى : «أَوَّلَا يَرَوْنَ أَنَّهُمْ يُفْتَنُونَ فِي كُلِّ عَامٍ»^(١) . وإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً قبيل ، لأنها سنة حقيقية ، وإن قال : نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من الحرم دُيِّنَ . قال القاضي : ولا يقبل منه في الحكم ، لأنه خلاف الظاهر . والأولى : أن يخرج على روايتين ، لأنه محتمل مخالف للظاهر .

(فصل)

٥٨٤٠

إذا قال : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان ، طلقت برؤية الناس له في أول الشهر . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا أن يراه ، لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبهه ما لو علقه على رؤية زيد .

ولنا : أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام « إِذَا رَأَيْتُمُ الْهِلَالَ فَصُومُوا ، وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا »^(٢) ، والمراد به رؤية البعض ، وحصول العلم ، فانصرف لفظ الخائف إلى عرف الشرع . كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق ، فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدعاء . وفارق رؤية زيد ، فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة ، وكذلك لو لم يره أحد ، لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت ، لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد . وإن قال : أردت إذا رأيته بعيني ، قبيل ، لأنها رؤية حقيقة . وتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب . فإن رأى قبيل ذلك لم تطلق ، لأن هلال الشهر ما كان في أوله ، ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر . ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب ، لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشرع ، فإن قال : أردت إذا رأيته أنا بعيني ، فلم يره حتى

(١) سورة التوبة آية ٣٦ (٢) أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن ابن عمر (ف) .

أَقْرَرَ لَمْ تَطْلُقَ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِهَلَالٍ . وَاخْتَلَفَ فِيمَا يَصِيرُ بِهِ قَرَأَ ، فَقِيلَ : بَعْدَ ثَالِثِهِ ، وَقِيلَ : إِذَا اسْتَدَارَ ، وَقِيلَ : إِذَا جَهَرَ ضَوْؤُهُ .

(فصل)

٥٨٤١

قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا قَالَ لَهَا : أَنْتَ طَالِقٌ لَيْلَةَ الْقَدْرِ ، يَمْتَزِلُهَا إِذَا دَخَلَ الْعَشْرَ ، وَقَبْلَ الْعَشْرِ ، أَهْلُ الْمَدِينَةِ يَرُونَهَا فِي السَّمْعِ عَشْرَةَ ، أَلَا أَنَّ الْمُنْبَتَّ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ ، إِنَّمَا أَمْرُهُ بِاجْتِنَابِهَا فِي الْعَشْرِ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . أَمَرَ بِالتَّمَسُّ لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي الْعَشْرِ الْأَوَاخِرِ . فَيَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ أَوَّلَ لَيْلَةٍ مِنْهُ وَيُمْكِنُ أَنْ هَذَا مِنْهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِيَاظِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ حِثُّهُ إِلَى آخِرِ لَيْلَةٍ مِنَ الشَّهْرِ ، لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ هِيَ تِلْكَ اللَّيْلَةُ .

(فصل)

٥٨٤٢

وَإِذَا عَلِقَ طَلَاقُهَا عَلَى شَرْطِ مُسْتَقْبَلٍ ، ثُمَّ قَالَ عَجَلْتُ لَكَ تِلْكَ الطَّلَاقَ لَمْ تَتَجَبَّلْ ، لِأَنَّهَا مَعْلُوقَةٌ بِزَمَنِ مُسْتَقْبَلٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَى تَفْيِيرِهَا سَبِيلٌ . وَإِنْ أَرَادَ تَجَبُّيلَ طَلَاقٍ سِوَى تِلْكَ الطَّلَاقِ وَقَعَتْ بِهَا طَلَاقٌ ، فَإِذَا جَاءَ الزَّمَنُ الَّذِي عَلِقَ الطَّلَاقُ بِهِ وَهِيَ فِي حَبَالِهِ وَقَعَ بِهَا الطَّلَاقُ الْمَعْلُوقُ .

(فصل)

٥٨٤٣

إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ غَدًا إِذَا قَدَّمَ زَيْدٌ ، لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى يَقْدَمَ لِأَنَّ «إِذَا» اسْمُ زَمَنِ مُسْتَقْبَلٍ ، فَمَعْنَاهُ : أَنْتَ طَالِقٌ غَدًا وَقَدْ قَدَّمَ زَيْدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَقْدَمْ زَيْدٌ فِي غَدٍ لَمْ تَطْلُقْ وَإِنْ قَدَّمَ بَعْدَهُ ، لِأَنَّهُ قَيَّدَ طَلَاقُهَا بِقُدُومِ مُقَيَّدٍ بِصِفَةٍ ، فَلَا تَطْلُقُ حَتَّى تَوْجِدَ . وَإِنْ مَاتَتْ غَدَاوَةً وَقَدَّمَ زَيْدٌ بَعْدَ مَوْتِهَا لَمْ تَطْلُقْ ، لِأَنَّ الْوَقْتَ الَّذِي أَوْقَعَ طَلَاقُهَا فِيهِ لَمْ يَأْتِ وَهِيَ مَحَلٌّ لِلطَّلَاقِ ، فَلَمْ تَطْلُقْ . كَمَا لَوْ مَاتَتْ قَبْلَ دُخُولِ ذَلِكَ الْيَوْمِ ، وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدُمُ زَيْدٌ ، فَقَدَّمَ لَيْلًا ، لَمْ تَطْلُقْ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ الشَّرْطَ ، إِلَّا أَنْ يَرِيدَ بِالْيَوْمِ الْوَقْتَ ، فَطَلَقَ وَقَدْ قَدَّمَ لِأَنَّ الْوَقْتَ يُسَمَّى يَوْمًا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : « وَمَنْ يُؤْلَهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبْرَهُ » ^(١) وَإِنْ مَاتَتْ الْمَرْأَةُ غَدَاوَةً ، وَقَدَّمَ زَيْدٌ ظَهَرَ أَفْقِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهَا : نَتَبِّينُ أَنَّ طَلَاقُهَا وَقَعَ مِنْ أَوَّلِ الْيَوْمِ ، لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ طَلَقْتَ مِنْ أَوَّلِهِ فَكَذَا إِذَا قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدُمُ زَيْدٌ ، يَنْبَغِي أَنْ تَطْلُقَ بِطُلُوعِ فَجْرِهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ ، لِأَنَّ شَرْطَهُ قُدُومُ زَيْدٍ ، وَلَمْ يَوْجِدْ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِ الْمَرْأَةِ ، فَلَمْ يَقَعْ ، بِخِلَافِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ . فَإِنَّ شَرْطَ الطَّلَاقِ حُجْبُ يَوْمِ الْجُمُعَةِ ، وَقَدْ وَجَدَ ، وَهَذَا شَرْطَانِ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِأَحَدِهِمَا .

والأول أولى . وليس هذا شرطاً ، إنما هو بيان للوقت الذى يقع فيه الطلاق معرفاً بفعل يقع فيه فيقع فى أوله ، كقوله : أنت طالق اليوم الذى نصلى فيه الجمعة ، ولو قال : أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد فكذلك ، ولو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد ، أو مات الزوجان قبل قدوم زيد ، كان الحكم كما لو ماتت المرأة . ولو قال : أنت طالق فى شهر رمضان إن قدم زيد ، فقدم فيه ، خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ، لأن قدومه شروط ، فلا يتقدمه المشروط ، بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد ، فإنها لا تطلق قبل قدومه بالانفاق ، وكما لو قال : إذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبيناً وقوع الطلاق من أول الشهر ، قياساً على المسألة التى قبل هذه .

(فصل)

٥٨٤٤

إذا قال : أنت طالق اليوم ، وطالق غداً ، طلقت واحدة ، لأن من طلقت اليوم فهي طالق غداً . وإن قال : أردت أن تطلق اليوم ، وتطلق غداً ، طلقت طلقتين فى اليومين . وإن قال : أردت أنها تطلق فى أحد اليومين ، طلقت اليوم ، ولم تطلق غداً لأنه جعل الزمان كله ظرفاً لوقوع الطلاق فوقع فى أوله ، وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، ونصف طلقة غداً ، طلقت اليوم واحدة ، وأخرى غداً . لأن النصف يكمل ، فيصير طلقة تامة . وإن قال : أردت نصف طلقة اليوم ، وباقيها غداً ، احتمل ذلك أيضاً . واحتمل ألا تطلق إلا واحدة ، لأنه إذا قال : نصفها ، كملت اليوم كلها ، فلم يبق لها بقية تقع غداً ، ولم يقع شيء غيرها ، لأنه ما أوقعه . وذكر القاضى هذا الاحتمال أيضاً فى المسألة الأولى أيضاً ، وهو مذهب الشافعى . ذكر أصحابه فيها الوجهين .

(فصل)

٥٨٤٥

إذا قل : أنت طالق اليوم إذا جاء غدٌ ، فاختار القاضى أن الطلاق يقع فى الحال ، لأنه علقه بشرط محال ، فلما الشرط ، ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة . وقال فى الجرد : لا يقع ، لأن شرطه لم يتحقق ، لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ، ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم ، وذهب محل الطلاق ، وهو قول أصحاب الشافعى .

(فصل)

٥٨٤٦

إذا قال : أنت طالق أمس ولا نية له ، فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع ، فرؤى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشيء وهذا قول أبى بكر . وقال القاضى فى بعض كتبه : يقع الطلاق ، وهو مذهب الشافعى ، لأنه وصف الطلقة بما لا تنصف به ، فلما تسمى الصفة ، ووقع

الطلاق، كما لو قال لمن لا سُنَّةَ لها ولا بدعة : أنت طالق للسُنَّةِ ، أو قال : أنت طالق طارقة لا تلزمك .
 ووجه الأول : أن الطلاق رَفْعُ الاستباحة ، ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي ، فلم يقع ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم ، فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي . وهذا طلاق في زمن ماض ، ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا كما لو قال : أنت طالق إن قَلَبْتَ الْحَجَرَ ذهباً ، وإن قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك فالحكم فيه كما لو قال : أنت طالق أمس . قال القاضي : ورأيت بخط أبي بكر في جزء مُفَرَّد أنه إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ، ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ، لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقَبِلَ تزويجها مُتَصَوِّرُ الوجود ، فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً . وهذا الوقت قبله ، فوقع في الحال كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد^(١) .
 وإن قصد بقوله : أنت طالق أمس ، أو قبل أن أتزوجك ، إيقاع الطلاق في الحال مُسْتَعِدّاً إلى ذلك الزمان ، وقع في الحال ، وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلقها هو أو زوج قَبْلَهُ في ذلك الزمان الذي ذكره ، وكان قد وُجِدَ ذلك ، قِيلَ منه ، وإن لم يكن وُجِدَ وقع طلاقه ، ذكره أبو الخطاب . وقال القاضي : يُقْبَلُ على ظاهر كلام أحد ، لأنه فَسَّرَهُ بما يَحْتَمِلُهُ ، ولم يَشْتَرِط الوجود . وإن أراد أني كنت طلقْتُك أمس ، فكذبته ، لزمته الطَّلَاقُ ، وعليها العِدَّةُ من يومها ، لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها ، وإن مات ولم يبين مراده فعلى وجهين ، بناء على اختلاف القولين في المطلق إن قلنا : لا يقع به شيء ، لم يلزمه ههنا شيء . وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا .

(فصل)

٥٨٤٧

وإن قال لزوجه : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه ، تبييناً أن طلاقه وقع قبل الشهر ، لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده ، وبهذا قال الشافعي ، وزفر . وقال أبو حنيفة وصاحبا^(٢) : يقع الطلاق عند قدوم زيد لأنه جمل الشهر شرطاً لوقوع الطلاق ، فلا يسبق الطلاق شرطه .
 ولنا : أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة ، فإذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر ، أو قبل موتك بشهر ، فإن أبا حنيفة خاصة يسلّم ذلك ولا يسلّم أنه جمل الشهر شرطاً ، وليس فيه حرف شرط . وإن قدم قبل مضي شهر لم يقع بغير اختلاف بين أصحابنا . وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ، لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكناً ، فوجب اعتبارها . وإن قدم زيد مع مُضِيِّ الشهر لم تطلق لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه . فإن خالها بعد تعليق طلاقها بيوم ، ثم قدم زيد

(١) في المخطوطة ٢٠ : عمرو (٣) هما القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم ، ومحمد بن الحسن الشيباني .

بعد الخلع بشهر وساعة ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْخُلْعَ وَقَعَ صَحِيحًا ، ولم يقع الطلاق ، لأنه صادفها بائنًا . وإن قدم بعد عقد الصفة بشهر وساعة ، وقع الطلاق ، وبطل الخلع ، ولها الرجوع بالعوض ، إلا أن يكون الطلاق رجعيًا ، لأن الرجعية يصح خُلْعُهَا . وإن كانت بحالها فمات أحدها بعد عقد الصفة بيوم ، ثم قدم زيد بعد شهر وساعة من حين عَقْدِ الصِّفَةِ ، لم يرث أحدهما الآخر ، لأننا تَبَيَّنَا أَنَّ الطَّلَاقَ قَدْ وَقَعَ قَبْلَ مَوْتِ الْمَيِّتِ مِنْهُمَا ، فلم يرِثَهُ صاحبه ، إلا أن يكون الطلاق رجعيًا ، فإنه لا يقطع التَّوَارُثُ مادامت في المدة . فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْفَرْقَةَ وَقَعَتْ بِالْمَوْتِ ، ولم يقع طلاق . فإن قال : أنت طالق قبل موتي بشهر ، فمات أحدهما قبل مضي شهر ، لم يقع طلاق ، لأن الطلاق لم يقع في الماضي . وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تَبَيَّنَا وَقُوعَ الطَّلَاقِ فِي تِلْكَ السَّاعَةِ ، ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيًا ، ويموت في عدتها . وإن قال : أنت طالق قبل موتي ، ولم يزد شيئًا ، طلقت في الحال ، لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محلٌّ للطلاق ، فوقع في أوله . وإن قال : قبل موتك ، أو موت زيد ، فكذلك . وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد ، أو قبل دخولك الدار ، فقال القاضي : تطلق في الحال ، سواء قدم زيد أو لم يقدم ، بدليل قول الله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا الْكَتَابَ آمِنُوا بِمَا نَزَّلْنَا مُصَدِّقًا لِمَا مَعَكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَطْمِسَ وُجُوهًا فَنَرُدَّهَا عَلَى أَدْبَارِهَا»^(١) ، ولم يوجد الطمس في المأمورين . ولو قال لفلانة : اسقني قبل أن أضربك ، فسقاء في الحال عُدَّةٌ مُتَمَثِّلَةٌ وإن لم يضربه . ولو قال : أنت طالق قبيل موتي ، أو قبيل قدوم زيد ، لم يقع في الحال ، وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يلي الموت ، لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء اليسير الذي يبقی . وإن قال : أنت طالق قبل موت زيد وعمره شهر ، فقال القاضي : تتعلق الصفة بأولهما موتًا ، لأن اعتباره بالثاني يُفْضَى إِلَى وَقُوعِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْأَوَّلِ : واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك ، فكان أولى .

مسألة

٥٨٤٨

قال : ﴿ وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا طَلَقْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، فَإِذَا طَلَقَهَا لَزِمَهُ اثْنَتَانِ . إِذَا كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا لَزِمَتْهُ وَاحِدَةٌ ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لِمَدْخُولٍ^(٢) بها : إذا طَلَقْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، ثم قال : أنت طالق ، وقعت واحدة بالمباشرة ، وأخرى بالصفة ، لأنه جعل تطبيقها شرطًا لوقوع طلاقها ، فإذا وَجِدَ الشَّرْطَ وَقَعَ الطَّلَاقُ . وإن كانت غير مدخول بها^(٣) بانء بالأولى ، ولم تقع الثانية ، لأنها لا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَلَا تُمْسَكُنْ رَجْعَتَهَا ، فلا يقع طلاقها إلا بائنًا ، فلا يقع الطلاق ببائن .

(١) سورة النساء آية ٤٧ .

(٢) في ٣٧ و ٢٠ : للمدخول بها .

(٣) في ٣٩ : وإن لم تكن مدخولا بها .

٥٨٤٩

(فصل)

فإن قال : عَنَيْتُ يَقُولُ هذا : أنك تكونين طالقاً بما أوقعتك عليك ، ولم أَرِدْ إيقاع طلاق سوى ما باشرت بك به ، دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين .
أحدهما : لا يقبل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر أن هذا تمايق للطلاق بشرط الطلاق ، ولأن إخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه .
والوجه الثاني : يُقْبَلُ قوله ، لأنه يَحْتَمِلُ ما قاله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . وقال : أردت بالثاني التأكيده ، أو إفهامها .

٥٨٥٠

(فصل)

فإن قال : إذا طلقته فأنت طالق ، ثم علق طلاقها بشرط ، مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت طلق بخرجها ، ثم طلق بالصفة أخرى ، لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة . ولو قال أولاً : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن طلقته فأنت طالق ، فخرجت ، طلق بالخروج ، ولم تطلق بتمايق الطلاق بطلاقها ، لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يُحْدِثْ عليها طلاقاً ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتمايقها ، فلم توجد الصفة ، فلم يقع . وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاق فأنت طالق ، فخرجت ، طلق بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها ، إن كانت مدخولاً بها .

٥٨٥١

(فصل)

وإن قال لها : كلما طلقته فأنت طالق ، فهذا حرف يقتضي التكرار . فإذا قال لها بعد ذلك : أنت طالق ، وقع بها طلقتان . إحداهما بالمباشرة ، والأخرى بالصفة ، ولا تقع ثالثة ، لأن الثانية لم تقع بإيقاعه . بعد عقد الصفة ، لأن قوله : كلما طلقته يقتضي : كلما أوقعت عليك الطلاق ، وهذا يقتضي تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول ، وإن قال لها بعد عقد الصفة : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت ، طلق بالخروج طلقه وبالصفة أخرى ، لأنه قد طلقها ، ولم تقع الثالثة . وإن قال لها : كلما أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق ، فهو بمنزلة قوله : كلما طلقته فأنت طالق . وذكر القاضي في هذه : أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله : إذا أوقعت عليك طلاقاً فأنت طالق لم تطلق ، لأن ذلك ليس بإيقاع منه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وفيه نظر ، فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط ، فإذا وُجِدَ الشرط فهو الموقوع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا وبين قوله : إذا طلقته فأنت طالق .

وإن قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم وقعت عليها طلقاً بالمباشرة أو بصفة عقدها قبل

ذلك أو بعده طلقت ثلاثاً . فلو قال لها : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم خرجت ، وقمت عليها طلاقاً بالخروج ، وقمت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقمت الثالثة بوقوع الثانية ، لأن « كَلَمًا » تقتضى التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى ولو قال لها : إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال : إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، طلقت ثلاثاً . واحدة بالمباشرة ، واثنين بالصفة ، لأن تطابقهما يشتمل على الصفتين هو تطابق منه ، وهو وقوع طلاقه ، ولأنه إذا قال : أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة ، فتطابق الثانية بكونه طلقها ، وذلك طلاق مفاد واقع عابها ، فتطابق به الثالثة . وهذا كله في الدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطابق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه مخالفاً .

(فصل)

٥٨٥٢

فإن قال : كلما طلقتك طلاقاً أملاك فيه رجعتك فأنت طالق ، ثم قال : أنت طالق ، طلقت اثنتين . إحداها : بالمباشرة ، والأخرى : بالصفة ، إلا أن تكون الطلقة بعوض أوفى غير مدخول بها ، فلا تقع بها ثانية ، لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها ، فلا يملك رجعتها ، فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة . وقال أبو بكر : قيل تطلق ، وقيل : لا تطلق واختيارى : أنها تطلق . وقال أصحاب الشافعى : لا تطلق الثالثة لأننا لو أوقفناها لم يملك الرجعة ، ولم يوجد شرط طلاقها ، فيقضى ذلك إلى الدور ^(١) فيقطعه بمنع وقوعه . ولنا : أنه طلاق لم يكمل به المدد بفسير عوض في مدخول بها ، فيقع بها التي بعدها كالأولى ، فامتناع الرجعة ههنا لم يجزه عنها ، لا لعدم الملك ، كما لو طلقها واحدة وأغى عليه عقيبتها ، فإن الثانية تقع ، وإن امتنعت الرجعة لم يجزه عنها . وإن كان الطلاق بعوض أوفى غير مدخول بها لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها ، لأنه لا يملك رجعتها . وإن قال : كلما وقع عليك طلاق أملاك فيه رجعتك فأنت طالق ، ثم وقع عليها طلاقاً بمباشرة أو صفة ، طلقت ثلاثاً ، وعندما لا تطلق ، لما ذكرناه في التي قبلها . ولو قال لامرأته : إذا طلقك طلاقاً أملاك فيه الرجعة فأنت طالق ثلاثاً ، ثم طلقها طلقت ثلاثاً ، وقال المرزنى : لا تطلق ، وهو قياس قول أصحاب الشافعى لما تقدم .

(فصل)

٥٨٥٣

وإن قال لزوجته : إذا طلقك أو إذا وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً فلانص فيها . وقال القاضى : تطلق ثلاثاً ، واحدة بالمباشرة ، واثنان من المعلق ، وهو قياس قول الشافعى ، وقول بعض

(١) الدور : هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه ويسمى الدور المصرح ، كما يتوقف أ على ب وبالعكس . ومنه للضرر كما يتوقف أ على ب وب على ج وج على أ . (تعريفات الجرجاني ٧٣)

أصحابه ، وقال ابن عقيل : تطلق واحدة بالمباشرة ، ويأنقو المعلق ، لأنه طلاق في زمن ماض ، فلا يُتَصَوَّرُ وقوع الطلاق فيه ، وهو قياس نص أحمد ، وأبي بكر ، في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض وبه قال أبو العباس بن القاسم^(١) ، من أصحاب الشافعي ، وقال أبو العباس بن سريح ، وبعض الشافعية : لا تطلق أبداً ، لأن وقوع الواحدة يقتضى وقوع ثلاث قبلها ، وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي إلى نفيها فلا تثبت ، ولأن إبقاعها يفضى إلى الدور ، لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث ، فيمتنع وقوعها ، وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله .

ولنا : أنه طلاق من مُكَلَّف مختار في محل انكاح صحيح ، فيجب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ، ولأن عومات النصوص تقتضى عموم وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(٢) . وقوله سبحانه : « وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ »^(٣) وكذلك سائر النصوص ، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به ، وما ذكره يمنعه بالكلية ، ويبطل شرعيته ، فتفوت مصاحته ، فلا يجوز ذلك بمجرد الرأى والتحكم . وما ذكره غير مُسَلَّم ، فإننا إن قلنا : لا يقع الطلاق المعلق فله وجه ، لأنه أوقعه في زمن ماض ، ولا يمكن وقوعه في الماضي ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم ، فقدم في اليوم ، ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطاً لوقوع الثلاث ، ولا يوجد المشروط قبل شرطه ، فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة ، ولا يفضى إلى دور ولا غيره ، وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه : أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به ، فلفت الصفة ووقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق لا تنقص عدد طلاقك ، أو لا تملك ، أو قال للآيسة : أنت طالق للسنة ، أو قال : للبدعة ، وبيان استحالة : أن تعليقه بالشرط يقتضى وقوعه بعده ، لأن الشرط يتقدم مشروطه ، ولذلك لو أطلق وقع بعده ، وتمقيبه بالقاء في قوله : فأنت طالق يقتضى كونه عقيبه ، وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال ، فلا يصح الوصف به ، فلفت الصفة ، ووقع الطلاق ، كما لو قال : إذا طلقته فأنت طالق ثلاثاً لا تملك ، ثم يبطل ما ذكره بقوله : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة ، فإنه يرد عليه ما ذكره ، ولا خلاف في انفساخ النكاح . قال القاضي : ما ذكره ذريعة إلى ألا يقع عليها الطلاق جملة . وإن قال : أنت طالق ثلاثاً قبيل وقوع طلاق بك واحدة ، أو قال : أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقته غداً واحدة ، فالكلام عليها من وجه آخر ، وهو وازن على المسألتين جميعاً . وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضى وقوعها

(١) في المخطوطة ١٨ : ابن القاضي وهو تحريف (٢) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

وقوع مالا يتصور وقوعها معه ، فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها ، لأن ما تعلق بها تابع ، ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع ، فيبطل التابع وحده ، كما لو قال في مرضه : إذا أعتقت سالماً ففانم حر ، ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سالماً يعتق وحده ، ولا يُقرع بينهما ، لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط ، وذلك غير جائز . ولا فرق بين أن يقول : ففانم حر قبله أو معيه أو بعده ، أو تطلق كذاهن .

(فصل)

٥٨٥٤

اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق ، فقال القاضى فى الجامع وأبو الخطاب : هو تعليقه على شرط ، أى شرط كان^(١) ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تملك وإذا حضت فأنت طالق ، فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة . وهذا قول أبى حنيفة ، لأن ذلك يسمى حلفاً عرفاً ، فيتعلق الحكم به كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبهه قوله : والله وبالله وتالله ، وقال القاضى فى المجرد : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن لم تدخل فأنت طالق ، أو على تصديق خبره ، مثل قوله : أنت طالق ، لقد قدم زيد ، أو لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك كقوله : أنت طالق إن طلعت الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم السلطان ، فهو شرط مخض ، ليس بحلف ، لأن حقيقة الحلف القسم ، وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفاً تجويزاً ، لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور ، وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر ، نحو قوله : والله لأفعلن ، أو لا أفعل أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفاً ، وهذا مذهب الشافعى . فإذا قال لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق ، لم تطلق فى الحال على القول الثانى ، لأنه ليس بحلف . وتطلق على الأول لأنه حلف . وإن قال : كلما كلمت أباك فأنت طالق ، طلقت على القولين جميعاً ، لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإن قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم أعاد ذلك طلقت واحدة ، كلما أعاده مرة طلقت ، حتى تسكن الثلاث ، لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلاق أخرى . وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : ليس ذلك بحلف ، ولا يقع الطلاق بتكراره ، لأنه تكرار للكلام ، فيكون تأكيداً لا حلفاً .

وانما : أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ، فكان حلفاً ، كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق . وقوله : إنه تكرار للكلام حجة عليه ، فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى ،

(١) فى المخطوطة ١٨ على أى شرط كان .

فإذا كان في الأول حلفاً فوجد مرة أخرى فقد وجد الحلف مرة أخرى . وأما التأكيذ فإنما يُحتمل عليه الكلام المكرر إذا قصده : وهمنا إن قصد إفهامها لم يقع بانثاني شيء ، كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق . يعنى بالثانية إفهامها . فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ، ولم يقع أكثر منها . فإذا قال لها ذلك ثلاثاً بانت بالمرّة الثانية ، ولم تطلق وبالثالثة فإن جدد نكاحها ثم أعاد ذلك لها ، أو قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، أو نحو ذلك ، لم تطلق بذلك ، لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينوتها .

(فصل)

٥٨٥٥

وإن قال لاسرائيتي : كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد ذلك ثلاثاً طلقت كل واحدة منهما ثلاثاً ، لما ذكرنا . فإن كانت إحداها غير مدخول بها بانت بالمرّة الثانية ، فإذا أعاده مرة ثالثة لم تطلق واحدة منهما ، لأن غير المدخول بها بئن ، فلم تكن إعادة هذا القول حلفاً بطلاقها ، وهى غير زوجته ، فلم يوجد الشرط . فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعاً ، فإن جدد النكاح البائن ثم قال لها : إن تكلمت فأنت طالق ، فقد قيل : يطلاق حينئذ ، لأنه صار بهذا حالاً بطلاقها ، وقد حلف بطلال المدخول بها بإعادة قوله في المرّة الثالثة ، فطلقا حينئذ . ويقوى عندي : أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها ، لأنها حين إعادته المرّة الثالثة بئن ، فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها ، كما لو قال لأجنبية : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم تزوجها وحلف بطلاقها ، ولكن تطلق المدخول بها حينئذ ، لأنه قد حلف بطلاقها في المرّة الثالثة ، وحلف بطلاق هذه حينئذ ، فأكمل شرط طلاقها ، فطلقت وحدها .

(فصل)

٥٨٥٦

فإن كانت له امرأتان : حفصة وعمرة ، فقال : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، ثم أعاده ، لم تطلق واحدة منهما ، لأن هذا حلف بطلاق عمرة ، وحدها ، فلم يوجد الحلف بطلاقهما . وإن قال بعد ذلك : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق ، طلقت عمرة ، لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما . ولم تطلق حفصة ، لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه . فإن قال بعد هذا : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه لم يحلف بطلاقهما ، إنما حلف بطلاق عمرة وحدها ، فإن قال بعد هذا : إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق ، طلقت حفصة ، وعلى هذا القياس .

(فصل)

٥٨٥٧

وإن قال لإحداها : إن حلفت بطلاقك فقصرتك طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الثانية ، لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى ، وذلك شرط وقوع طلاق الثانية . ثم إن أعاد الأولى طلقت ، ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت ، حتى يكمل للثانية ثلاث ، ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق ، لأن

الثانية قد بانت منه ، فلم يكن ذلك حلفاً بطلاقها ، ولو قال هذا القول لامرأة ، ثم أعاده لها لم تطلق به واحدة منهما ، لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها ، إنما هو حلف بطلاق ضررتها ، ولم يعلق على ذلك طلاقاً . وإن قال للأولى : إن حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك ، طلقت الأولى ، لأن قوله الثانية حلف بطلاقها ، وشرط وقوع الطلاق بالأولى . ثم إن أعاده للأولى طلقت الثانية ، ثم كلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى . فإن كانت إحداها غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ، ولم تطلق صاحبها بإعادة ذلك لها ، لأنه ليس بحلف بطلاقها ، لكونها بانثاً ، فهي كسائر الأجنبية . وإن قال^(١) لإحداها : إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ، ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما^(٢) ، ثم إن أعاد ذلك لإحداها طلقت الأخرى ، ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبها ، ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى ، إلا أن تكون إحداها غير مدخول بها ، أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث ، فإنها إذا بانت صارت كالأجنبية . ولو قال^(٣) ذلك لامرأة ابتداء ، ثم أعاده لها ، طلقت ضررتها بكل إعادة مرة ، حتى تسكن الثلاث . وإن قال لامرأة : إذا حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، طلقت في الحال . ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها ، أو قال للثانية مثل ما قال لها ، طلقت الثانية ، وكذلك الثالثة . ولا يقع بالأولى بهذا طلاق ، لأن الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية .

ولو قال^(٤) للأولى : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للثانية إن حلفت بطلاق ضررتك فهي طالق طلقت الأولى ، ثم متى أعاد^(٥) أحد هذين الشرطين مرة أخرى ، طلقت الأولى مرة ثانية ، وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ، ولو قال لإحداها : إذا حلفت بطلاقك فضررتك طالق ، ثم قال للأخرى : إذا حلفت بطلاق ضررتك فأنت طالق ، لم تطلق واحدة منهما ، لأنه في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الأولى ، ولم يحلف بطلاقها . ولو أعاد ذلك لها لم يقع طلاق بواحدة منهما^(٦) ، وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى ، أو تأخر عنه .

(فصل)

٥٨٥٨

وإن كان له ثلاث نسوة ، فقال : إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ، ثم قال : إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال : إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق . طلقت عمرة . وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ، ثم متى أعاده^(٧)

(١) في المخطوطة ٣٩ : ولو قال (٢) في المخطوطة ١٨ : إحداها (٣) في المخطوطة ٣٩ : وإن قال

(٤) في المخطوطة ١٨ و ٢٠ : وإن قال (٥) في المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاد . .

(٦) طي هامش ٢٠ : لم تطلق إحداها . من نسخة ثانية (٧) في المخطوطة ٣٩ ثم إذا أعاده

بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذى ذكرناه وإن قال: إن حلفت بطلاق زينب ففسأى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق عمرة ففسأى طوالق، ثم قال: إن حلفت بطلاق حفصة ففسأى طوالق، طلقت كل واحدة منهن طلقتين، لأنه لما قال: إن حلفت بطلاق عمرة ففسأى طوالق، فقد حلف بطلاق زينب، بعد تعليقه بطلاق نسائه على الحلف بطلاقها، فطلقت كل واحدة منهن طلقة. ولما قال^(١): إن حلفت بطلاق حفصة ففسأى طوالق، فقد حلف بطلاق عمرة وزينب، فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة، ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء، لأنه قد حث به مرة، فلا يحث ثانية. ولو كان مكان قوله «إن» «كلا»، طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً، لأن كلا تقتضى التكرار.

ولو قال: كلا حلفت بطلاق واحدة ممكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية، طلقت ثلاثاً ثلاثاً، لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن، وحلفه بطلاق كل واحدة شرط لطلاقهن جميعاً، وإن قال: إن حلفت بطلاق واحدة ممكن فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك، طلقت كل واحدة منهن طلقة، لأن «إن» لا تقتضى التكرار، وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قت فأنت طالق، طلقت كل واحدة منهن طلقة. أخرى، ولو قال: كلا حلفت بطلاقك فأنتن طوالق، ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال بعد ذلك لإحداهن إن قت فأنت طالق، لم تطلق واحدة منهن، وإن قال ذلك للثنتين الباقيتين، طلق الجميع طلقة طلقة.

(فصل)

٥٨٥٩

وإن قال لزوجته: إن حلفت بعق عبدى فأنت طالق ثم قال: إن حلفت بطلاقك فعبدى حر، طلقت. ثم إن قال لعبده: إن حلفت بعقك فامرأتى طالق، عتق العبد. وإن قال له: إن حلفت بطلاق امرأتى فأنت حر، ثم قال لها: إن حلفت بعق عبدى فأنت طالق، عتق العبد. ولو قال لعبده: إن حلفت بعقك فأنت حر، ثم أعاد ذلك عتق العبد.

(فصل)

٥٨٦٠

وقد استعمل الطلاق والعتاق^(٢) استعمال القسم جواباً له فإذا قال: أنت طالق لأقومن، وقام، لم تطلق زوجته. فإن لم يتم فى الوقت الذى عينه حث. هذا قول أكثر أهل العلم. منهم سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، والزهرى، وسعيد بن جبير، والشعبي، والثورى، وأصحاب الرأى. وقال شريح: يقع طلاقه وإن قام، لأنه طلق طلاقاً غير معلق بشرط، فوقع كما لو لم يتم.

ولنا: أنه حلف برّ فيه فلم يحث، كما لو حلف بالله تعالى. وإن قال: أنت طالق إن أخاك لعاقل،

(٢) فى المخطوطة ١٨ : العتق .

(١) فى المخطوطة ١٨ و ٣٩ : وحينا قال

وكان أخوها عاقلاً لم يحنث ، وإن لم يكن عاقلاً حنث ، كما لو قال : والله إن أخاك أعاقل . وإن شك في عقله لم يقع الطلاق ، لأن الأصل بقاء النكاح ، فلا يزول بالشك ، وإن قال : أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف ، فأكله حنث ، وإلا فلا . وإن قال : أنت طالق ما أكلته ، وكان صادقاً لم يحنث . وإن كان كاذباً حنث . كما لو قال : والله ما أكلته . وإن قال : أنت طالق لولا أبرك لطلقتك ، وكان صادقاً لم تنطق . وإن كان كاذباً طلقت . ولو قال : إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال أنت طالق لأكره منك طلقت في الحال . ولو قال : إن حلفت بعقبي فأنت طالق ، ثم قال : عبدي حر لأقومن ، طلقت المرأة . وإن قال : إن حلفت بطلاق امرأتي فعبدي حر ، ثم قال : أنت طالق ضمنت أمس ، عتق العبد .

(فصل)

٥٨٦١

وإن قال : إن طلقت حفصة فعمرة طالق ، ثم قال : إن طلقت عمرة فحفصة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقها معاً : حفصة بالمباشرة ، وعمرة بالصفة ، ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدأ بطلاق عمرة ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة . لأنه إذا طلق حفصة طلقت عمرة بالصفة ، لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ، ولم يعد على حفصة طلاق آخر ، لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً ، إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقها ، وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة ، لكون طلاقها معلقاً على طلاق عمرة ، ووقع الطلاق بها تعليقاً منه لها ، لأنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقها طلاقها على تعليق عمرة ، بعد قوله : إن طلقت حفصة فعمرة طالق . ومتى وجد التعاليق والوقوع معاً فهو تعليق . فإن وجداً معاً بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها ، وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها ، فوجب القول بوقوعه . ولو قال لعمرة : كلما طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : كلما طلقت عمرة فأنت طالق . ثم قال لعمرة : أنت طالق ، طلقت طلقتين ، وطلقت حفصة طلقة واحدة . وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما ، إلا طلاقه^(١) لأن هذه المسألة كالتى قبهما سواء ، فإنه بدأ بتعليق طلاق عمرة على تعليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تعليق عمرة . ولو قال لعمرة : إن طلقتك فحفصة طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقتك فعمرة طالق ، ثم طلق حفصة ، طلقت طلقتين ، وطلقت عمرة طلقة . وإن طلق عمرة طلقت كل (واحدة^(٢)) منهما طلقة ، لأنها عكس التى قبلها . ذكر هاتين المسألتين القاضى فى الجرد . ولو قال لإحدى زوجتيه : كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ، ثم قال الأخرى مثل ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت طلقتين ، وطلقت الثانية طلقة . وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة . وإن قال كلما طلقتك فضررتك طالق ، ثم قال للأخرى مثل

(١) فى ٣٩ : لم تطلق كل منهما إلا طلاقه . (٢) ساقطة من ١٨ .

ذلك ، ثم طلق الأولى طلقت كل واحدة منهما طلقة طلقة . وإن طلق الثانية طلقت طلقتين ، وطلقت الأولى طلقة وتعليل ذلك على ما ذكرنا في المسألة الأولى .

(فصل)

٥٨٦٢

وإن كانت له ثلاث نسوة ، فقال : إن طلقت زينب فعمره طالق ، وإن طلقت عمرة حفصة طالق ، وإن طلقت حفصة فزينب طالق ، ثم طلق زينب طلقت عمرة ، ولم تطلق حفصة ، لأنه ما أحدث في عمرة طلاقاً بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها ، وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيسكون وقوعاً للطلاق ، وليس بتطليق . وإن طلق عمرة طلقت حفصة ، ولم تطلق زينب لذلك : وإن طلق حفصة طلقت زينب ، ثم طلقت عمرة ، فيقع الطلاق بالثلاث ، لأنه أحدث في زينب طلاقاً بعد تعليقه طلاق عمرة بطلاقها فإنه علق طلاقها بعد ذلك على تعليق حفصة ثم طلق حفصة والتعليق مع تحقق شرطه تطليق ، وقد وجد التعليق وشرطه مما بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها ، فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقاً ، فطلقت به عمرة ، بخلاف غيرها . وإن قال لزينب . إن طلقت عمرة فأنت طالق ، ثم قال لعمرة : إن طلقت حفصة فأنت طالق ، ثم قال لحفصة : إن طلقت زينب فأنت طالق ، ثم طلق زينب طلقت الثلاث ، زينب بالمباشرة ، وحفصة بالصفة . ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها ، وتطليقها شرط طلاق عمرة ، فتطلق به أيضاً . والدليل على أنه تطليق لحفصة : أنه أحدث فيها طلاقاً بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة : بتطليقها ، وتحقيق شرطه ، والتعليق مع شرطه تطليق ، وقد وجد مما بعد جعل تطليقها صفة لطلاق عمرة ، وإن طلق عمرة طلقت هي وزينب ، ولم تطلق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هي وعمرة ، ولم تطلق زينب ، لما ذكرنا في المسألة التي قبلها .

وإن قال لزينب إن طلقك فضررتك طلقتان ، ثم قال لعمرة مثل ذلك ، ثم قال لحفصة مثل ذلك ، ثم طلق زينب ، طلقت كل واحدة منهن طلقة واحدة ، لأنه لم يحدث في غير زينب طلاقاً ، إنما طلقنا بالصفة السابقة على تعليق الطلاق بتطليقهما ، وإن طلق عمرة طلقت زينب طلقة ، وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين ، لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة ، وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة ، وطلاق زينب تطليق لها ، لأنه وقع بها بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بتطليقها ، فعاد على عمرة وحفصة بذلك طلقتان ، ولم يعد على زينب بطلاقها طلاقاً لما تقدم . وإن طلق حفصة طلقت ثلاثاً ، لأنها طلقت واحدة^(١) بالمباشرة ، فطلقت بها ضررتها . ووقوع الطلاق بكل واحدة منهما تطليق ، لأنه بصفة أحدثها فيهما بعد تعليق طلاقها بطلاقها فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهما طلقه ، فكل لها ثلاث ، وطلقت عمرة طلقتين : واحدة بتطليق حفصة ، وأخرى بوقوع الطلاق على زينب ، لأنه تطليق لزينب لما ذكرناه .

(١) في ٢٠ : طلقت طلقة .

وطلقت زينب واحدة ، لأن طلاق ضربتها بالصفة ليس بتطليق في حقها . وإن قال لكل واحدة منهن : كلما طلقت إحدى ضربتيك فأنت طالق ، ثم طلق الأولى ، طلقت ثلاثا ، وطلقت الثانية طلقتين ، والثالثة طلقة (واحدة^(١)) لأن إطلاقه للأولى شرط لطلاق ضربتها ، ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليهما ، لكونه واقعا بصفة أحدهما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما ، فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة ، فكل لها الثلاث ، وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ، ولم يعد على الثالثة من طلاقها الواقع بالصفة شيء ، لأنه ليس بتطليق في حقها . وإن طلق الثانية طلقت أيضاً طلقتين ، وطلقت الأولى ثلاثا ، والثالثة طلقة . وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين ، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة .

(فصل)

٥٨٦٣

ولو قال لامرأته : إن طلقتك فمبدي حر ، ثم قال لعبدته : إن قت فامرأتى طالق ، فقام ، طلقت المرأة ، وعق العبد . ولو قال لعبدته : إن قت فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن طلقتك فمبدي حر ، فقام العبد ، طلقت المرأة ، ولم يعق العبد ، لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقا مع وجود الصفة ، ففي الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله : إن طلقتك فمبدي حر ، وفي الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده فكانت الصفة سابقة ، فلذلك لم يعق العبد . ولو قال لعبدته : إن أعتقت فامرأتى طالق ، ثم قال لامرأته : إن حلفت بطلاقك فمبدي حر ، ثم قال لعبدته : إن لم أضربك فامرأتى طالق ، عتق العبد ، وطلقت المرأة .

(فصل)

٥٨٦٤

ومتى علق الطلاق على صفات فاجتمعن^(٢) في شيء واحد وقع بكل صفة ما علق عليها ، كما لو وجدت مفرقة ، وكذلك العتاق^(٣) . فلو قال لامرأته : إن كنت رجلا فأنت طالق ، وإن كنت طويلا فأنت طالق ، وإن كنت أسود فأنت طالق ، فكلمت رجلا أسود طويلا طلقت ثلاثا . وإن قال : إن ولدت بنتا فأنت طالق ، وإن ولدت سوداء فأنت طالق وإن ولدت ولداً فأنت طلق ، فولدت بنتاً سوداء طلقت ثلاثا . وإن قال : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت اثنتين . وإن قال : كلما أكلت رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا ، لأن كلما تقتضى التكرار ، وفي الرمانة نصفان ، فتطلق بأكلهما طلقتين ، وبأكل الرمانة طلقة ، فإن نوى بقوله : نصف رمانة ، نصفاً مفرداً عن الرمانة المشروطة ، أو كانت مع الكلام

(١) ساقطة من ٣٩ ، (٢) في ١٨ : فاجتمعت . (٣) في ٢٠ : وكذلك العتق

قرينة تقتضى ذلك ، لم يحث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به ^(١) لأن مبنى الإيمان على النية .

(فصل)

٥٨٥٦

فإن قال : إن دخل الدار رجل فعبد من عبيدى حر ، وإن دخلها طويل فعبدان حران ، وإن دخلها أسود فتلاثة أعبد أحرار ، وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار ، فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيده عشرة ، وإن كان له أربع نسوة فقال : إن طلقت امرأة منكن فعبد من عبيدى حر ، وإن طلقت اثنتين فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثة فتلاثة أحرار ، وإن طلقت أربعاً فأربعة أحرار ، ثم طلق الأربع بمجتمعات أو متفرقات ، عتق من عبيده عشرة ، بالواحدة واحد ، وبالاثنين اثنان ، وبالثلاث ثلاثة ، وبالأربع أربعة . لا اجتماع هذه الصفات الأربع فيهن ، ولو علق ذلك بلفظة كلما فقد قيل : يعتق عشرة أيضاً ، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً ، لأن فيهن أربعة صفات ، وهن أربع ، فيعتق أربعة ، وهن أربعة آحاد فيعتق بذلك أربعة ، وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة . وإن شئت قلت : يعتق بالواحدة واحد ، وبالثانية ثلاثة ، لأن فيها صفتين هي واحدة ، وهي مع الأولى اثنان ، ويعتق بالثالثة أربعة ، لأنها واحدة . وهي مع الأولى والثانية ثلاث ، ويعتق بالارابعة سبعة ، لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة ، وهي مع الثالثة اثنان ، وهي مع الثلاث التى قبلها أربع . وهذا أولى من الأول لأن قائله لا تعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الأولى ، ولا صفة التثنية في الثالثة والرابعة ولفظ كلما يقتضى التكرار ، فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات ، وقيل يعتق سبعة عشر ، لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات ، فإنها توجد بضم الثانية إلى الثالثة ، وقيل : يعتق عشرون ، وهو قول أبى حنيفة ، لأن صفة الثلاث وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة إلى الرابعة

وكلا القواين غير سديد ، لأنهم عدوا الثانية مع الأولى في صفة التثنية مرة ، ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى ، وعدوا الثانية والثالثة في صفة التثنية مرتين ، مرة مع الأولى ، ومرة مع الرابعة ، وما عدوا في صفة مرة لا يجوز عدّه في تلك الصفة مرة أخرى ، ولذلك لو قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين ، لأن الرمانة نصفان ولا يقال : إنها تطلق ثلاثة بأن يضم الربع الثانى إلى الربع الثالث فيصيران نصفاً ثالثاً ، وكذلك في مسائلنا ، لم تضم الأولى إلى الرابعة فيصيران اثنتين ، وعلى سياق هذا القول ينبى أن يعتق اثنان وثلاثون . واحد بطلاق واحدة ، وثلاثة بطلاق الثانية ، وثمانية بطلاق الثالثة ، لأنها واحدة وهي مع ما قبلها ثلاثة ، وهي مع ضمها إلى الأولى اثنان ، ومع ضمها إلى الثانية اثنان ففيها صفة مرات ، ويعتق بطلاق الرابعة عشرون ، لأن فيها ثمانى صفات ، هي واحدة ، وهي مع ما قبلها أربع ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات ، هي مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ، ومع الأولى

(١) فى ١٨ : عليه

والثالثة ثلاث ، فيعتق بذلك تسعة ، وفيها صفة التثنية ثلاث مرات ، هى مع الأولى اثنتان وهى مع الثانية اثنتان ، وهى مع الثالثة اثنتان ، فيعتق بذلك ستة ، ويصير الجميع اثنين وثلاثين ، وما نعلم بهـذا قائلًا ، وهذا مع الإطلاق .

فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق ، مثل أن ينوى بقوله : اثنتين ، غير الواحدة ، فيميّنه على ما نواه ومتى لم يمين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ، ولو قال : كلما أعتقت عبداً من عبيدى ، فامرأة من نسائى طالق وكلما أعتقت اثنين فامرأتان طالقتان ثم أعتق اثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الأول يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ، ولو قال : كلما أعتقت عبداً من عبيدى فجارية من جوارى حرة ، وكلما أعتقت ثلاثة فثلاث أحرار ، كلما أعتقت أربعة فأربع أحراراً ثم أعتق أربعة ، عتق من جواريه بعدد ما طلق من النساء على ما ذكرنا ، وإن أعتق خمساً فعلى القول الأول يعتق من جواريه ههنا خمس عشرة وعلى القول الثانى يعتق إحدى وعشرون ، لأن عتق الخامس عتق به ست لسكونه واحداً ، وهو مع قبله خمسة ، ولم يكن عده فى سائر الصفات ، لأن ما قبله قد عد فى ذلك مرة فلا بعد ثانية .

﴿ مسألة ﴾

٥٨٦٦

قال ﴿ وإذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها فى آخر أوقات الإمكان ﴾

وجملة ذلك^(١) : أن حرف « إن » موضوع للشرط ، [وهو] لا يقتضى زمناً ، ولا يدل عليه إلا من حيث أن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وما حصل ضرورة لا بتقيد بزمن معين ، ولا يقتضى تعجيلاً ، فما عُلّق عليه كان على التراخى ، سواء فى ذلك الإثبات والنفي . فعلى هذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتاً ولم يطلقها كان ذلك على التراخى ، ولم يحدث بتأخيرها ، لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يفت الوقت . فإذا مات أحدهما علمنا حينئذ^(٢) ، لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما ، فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يدع لتطليقها . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافاً . ولو قال : إن لم أطلقك عمرة فحفصة طالق ، فأى الثلاثة مات أولاً وقع الطلاق قبل موته ، لأن تطليقه لحفصة على وجه تفعل به يمينه إنما يكون فى حياتهم جميعاً ، وكذلك لو قال : إن لم أعتق عبيدى أو إن لم أضربه فامرأتى طالق ، وقع بها الطلاق فى آخر جزء من حياة أولهم موتاً . فأما إن عيّن وقتاً بلفظه أو بنيته تعين ، وتعلقت يمينه به .

قال أحمد رحمه الله : إذا قال : إن لم أضرب فلاناً فأنت طالق ثلاثاً ، فهو على ما أراد من ذلك ،

(٢) فى ١٨ : حينذاك .

(١) فى ٣٩ : وجملة الأمر .

وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته ، فصار كالصريح به في لفظه ، فإن مبنى الأيمان على النية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما لامرئ^(١) ما نوى » .

(فصل)

٥٨٦٧

ولا يُمتنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال سميد ابن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، ويحيى الأنصاري ، وربيعه ، ومالك ، وأبو عبيد : لا يبطأ حتى يفعل ، لأن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق . وروى الأثرم ، عن أحمد مثل ذلك ، وقال الأنصاري ، وربيعه ، ومالك : يضرب له أجل المولي ، كما لو حلف أن لا يطاها .

وانسا : أنه نكاح صحيح ، لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم ، فحل له الوطء فيه ، كما لو قال : إن طلقك فأنت طالق . وقولهم : الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . قلنا : هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ، ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئت فأنت طالق .

(فصل)

٥٨٦٨

إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فمات لم يرثها . لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها ، كما لو طلقها ناجزاً عند موتها ، وإن مات ورثته . نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته وإن مات لم يرثها ، وذلك لأنها طالق في آخر حياته ، فأشبهه طلاقه لها في تلك الحال . ونحو هذا قال عطاء ، ويحيى الأنصاري . ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سميد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، وأبي عبيد . لأنه إنما طلقها في صحته ، وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض لم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه .

وقال أبو حنيفة : إن حلف : إن لم تأت البصرة فأنت طالق ، فلم تفعل فإسهما لا يتوارثان . وإن قال : إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته . وإن مات لم يرثها لأنه في الأولى علق الطلاق على فعلها . فإذا امتنعت منه فقد حقت شرط الطلاق فلم ترثه ، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها ، وإذا علقه على فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه ، فأشبهه ما لو نجزه في الحال .

ووجه الأول أنه طلاق في مرض موته^(٢) ، فمنعه ميراثه ، ولم يمنعها ، كما لو طلقها ابتداء ، ولأن الزوج آخر الطلاق اختياراً منه ، حتى وقع ما علق عليه في مرضه ، فصار كاللباشرة له ، فأما ما ذكر^(٣) عن

(١) أخرجه البخاري عن عمر بلفظ (وإنما لسكلامري ما نوى) (ف) ومسلم ، ومحمد بن الحسن في موطنه .

(٢) في ٢٠ : في مرض الموت . (٣) في ٣٩ . فأما ما ذكره .

أبى حنيفة لحسن . إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه ، لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتركه ، وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يُسقط مبرأتها بتركه ، كما لو حلف عليها بترك مالا بُدَّ لها من فعله ففعلته :

(فصل)

٥٨٦٩

إذا حلف ليفعلن شيئاً ولم يعين له وقتاً بلغظه ولا بنيته فهو على التراخي أيضاً ، فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يقيّد بدون تقييده ، ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة : « قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَأْتِيَنَّكُمْ ^(١) » وقال : « قُلْ بَلَى وَرَبِّي لَتَجْعَلُنَّ لِي آيَةً مِنْ عَمَلِي ^(٢) » ولما قال : « لَتَدْخُلُنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ آمَنِينَ ^(٣) » كان ذلك على التراخي . فإن الآية أنزلت في نوبة الحديبية ، في سنة ست ، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ، ولذلك روى عن عمر أنه قال : « قلت للنبي صلى الله عليه وسلم أَوَلَيْسَ كُنْتَ تُحَدِّثُنَا أَنَا سَمَأْنِي الْبَيْتَ وَنَطُوفُ بِهِ ؟ قال : بَلَى ، فَأَخْبَرْتُكَ أَنَّكَ آتِيهِ الْعَامَ ؟ قلتُ : لا : قال : فَإِنَّكَ آتِيهِ وَمُطَوِّفٌ بِهِ ^(٤) » وهذا مما لا خلاف فيه نعلمه .

(فصل)

٥٨٧٠

إذا قال لامرأته : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، ولم يطلقها طلقت ، إذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطبيقها فيه على مقتضى هذه المسألة . وهذا اختيار أبي الخطاب ، وقول أصحاب الشافعي . وحكى القاضي فيها وجهين ، هذا ، ووجهاً آخر : أن الطلاق لا يقع . وحكى ذلك عن أبي بكر ، وابن سريج ، لأن محل الطلاق اليوم ، ولا يوجد شرط طلاقها إلا بخروجه ، فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه . ولنا : أن خروج اليوم يفوت به طلاقها ، فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الإمكان ، كوت أحدهما في اليوم . وذلك لأن معنى يمينه . إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه ، فإذا بقي من اليوم مالا يتسع لتطبيقها فقد فاتته طلاقها فيه ، فوقع حينئذ كما يقع طلاقه في مسألتنا في آخر حياة أولها موتاً . وما ذكرناه باطل بما لو مات أحدهما في اليوم ، فإن محل طلاقها يفوت بموته ، ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبل موته ، كذا ههنا ، ولو قال لها : أنت طالق اليوم إن لم أتزوج عليك اليوم ، أو إن لم أشتري لك اليوم ثوباً ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم مالا يتسع لفعل الحلوف عليه فيه ، وإن قال لها : أنت طالق إن لم أطلقك اليوم ، طلقت بغير خلاف ، وفي محل وقوعه وجهان .

(٣) سورة الفتح آية ٢٧

(٢) سورة التغابن آية ٧

(١) سورة سبأ آية ٣

(٤) أخرجه البخاري وأبو داود عن المسور بن مخرمة ومروان (ف) .

(أحدهما) فى آخر اليوم (والثانى) بعد خروجه . وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك فهو كقوله : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم ، لأنه جعل عدم طلاقها شرطاً لطلاقها اليوم ، والشرط يتقدم المشروط

(فصل)

٥٨٧١

وإن قال لعبد : وإن لم أبعك اليوم فأمرأتى طالق اليوم ، ولم يبعه حتى خرج^(١) اليوم ففيه الوجهان ، وإن أعتق العبد أو مات أو مات الخالف أو المرأة فى اليوم طلقت زوجته حينئذ ، لأنه قد فات بيعه . وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته . لأن بيعه جائز ، ومن منع بيعهما^(٢) قال : يقع الطلاق بذلك ، كما لو مات ، وإن وهب العبد لإنسان لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفت بيعه . ولو قال : إن لم أبع عبدي فأمرأتى طالق ، ولم يبيعه باليوم فكأنب العبد لم يقع الطلاق ، لأنه يمكن عجزه ، فلم يعلم فوات البيع ، فإن عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ ، لأنه فات بيعه .

﴿ مسألة ﴾

٥٨٧٢

قال : ﴿ وإن قال : كلما لم أطلقك ، فأنت طالق ، وقع بها الثلاث فى الحال ، إذا كان مدخولاً بها ﴾ إنما كان كذلك لأن « كلما » تقتضى التكرار ، قال الله تعالى : ﴿ كُلَّمَا جَاءَ أُمَّةٌ رَّسُولَهَا كَذَّبُوهُ ﴾ وقال^(٣) : ﴿ كُلَّمَا دَخَلَتْ أُمَّةٌ لَعَنَتْ أُخْتَهَا ﴾ . فيقتضى تكرار الطلاق تكرار الصفة ، والصفة عدم تطايقه لها ، فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها فقد وجدت الصفة ، فيقع طلاقه ، وتنبعها الثانية ، والثالثة إن كانت مدخولاً بها ، وإن لم تكن مدخولاً بها بانتهى الأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأن البائن لا يلحقها طلاق ، فأما إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ، أو متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق . فإنها تطلق واحدة ، ولا يتكرر إلا على قول أبى بكر فى « متى » فإنه يراها للتكرار ، فيتكرر الطلاق بها مثل « كلما » إلا أن « متى » و « أى » وقت بقبضيان الطلاق على الفور ، متى مضى زمن يمكن أن يطلقها فيه ولم يطلقها طلقت فى الحال : وأما « إذا » ففيها وجهان . أحدهما : هى على الفور ، لأنها اسم وقت ، فهى كمتى .

والثانى أنها على التراخى ، لأنها كثر استعمالها فى الشرط ، فهى كإن . فعلى هذا إذا قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق ، ولم ينو وقتاً ، لم تطلق إلا فى آخر جزء من حياة أحدهما . وإن قال : متى لم أحلف بطلاقك

(٢) أى يبع المدبر والسكران

(٤) سورة الأعراف آية ٣٨

(١) فى المخطوطة ١٨ انتضى .

(٣) سورة المؤمنون آية ٤٤

فأنت طالق . أو : أى وقت لم أحلف بطلاق^(١) فأنت طالق ، وكرره ثلاثا متواليات^(٢) ، طلقت مرة واحدة ، لأنه لم يحث في المرة الأولى ولا [في] الثانية ، لكونه حلف بعقبهما ، وحدث في الثالثة ؛ وإن سكت بين كل عيمين سكوناً يمكنه الحلف فيه طلقت ثلاثا . وإن قال ذلك بلفظة إذا ، وقلنا : هى على الفور ، فهمى كتى ، وإلا لم تطلق إلا واحدة في آخر حياة أحدهما .

(فصل)

٥٨٧٣

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، وكلما . ففى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي ، مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأى حين ، وأى زمان ، وأى وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجت^(٣) ممكن ، وأيتكن خرجت فهمى طالق : ففى وجِد الخروج طلقت . وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

فأما إن علق الطلاق بالنفى بواحد من هذه الحروف ، كانت « إن » على التراخي ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما ، على الفور ، لأن قوله : متى دخلت فأنت طالق ، يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق ، وذلك شائع فى الزمان كله ، فأى زمن دخلت وجدت الصفة . وإذا قال : متى لم تدخل فأنت طالق ، فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجِدَت الصفة ، فإنها اسم لوقت الفعل ، فيقدر به . ولهذا يصح السؤال به ، فيقال : متى دخلت ؟ أى : أى وقت دخلت . وأما « إن » فلا تقتضى وقتاً ، فقوله : إن لم تدخل ، لا يقتضى وقتاً إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا فى وقت ، فهمى مطلقة فى الزمان كله . وأما إذا فقيها وجهان أحدهما : هى على التراخي ، وهو قول أبى حنيفة ، ونصره القاضى ، لأنها تستعمل شرطاً بمعنى إن . قال الشاعر :

استغنِ ما أغناك ربك بالغنى وإذا نصبتك خصاصة^(٤) فتجمل

فجزم بها^(٥) كما يجزم بإن ، ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بالاحتمال .

والوجه الآخر : أنها على الفور ، وهو قول أبى يوسف ، ومحمد ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنها اسم لزمن مستقبل ، فتكون كتى . وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها ، فإن « متى » يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر :

(١) فى طبعة السيد رشيد رضا (بطلاقك) والظاهر (بطلاقك) (ف)

(٢) فى ١٨ : متوالية

(٣) قائل هذا البيت عبد القيس بن خفاف البرجمي : والخصاصة : الفقر وسوء الحالة (ف) .

(٤) فى ١٨ و ٣٩ فجزم بها .

متى تأتاه تَعْشُو^(١) إلى ضَوْءِ ناره تجدُ خيرَ نارٍ عندها خيرُ موقِدٍ
و « من » يجازى بها أيضاً ، وكذلك « أى » وسائر الحروف^(٢) ، وليس في هذه الحروف ما يقتضى
التكرار إلا « كلما » ، وذكر أبو بكر في « متى » أنها تقتضى التكرار أيضاً ، لأنها تستعمل للتكرار ،
بدليل قوله :

متى تأتاه تَعْشُو إلى ضوء ناره تجدُ خيرَ نارٍ عندها خير موقِدٍ
أى : في كل وقت ، ولأنها تستعمل في الشرط والجزاء ، ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه ،
والصحيح : أنها لا تقتضيه ، لأنها اسم زمن بمعنى أى وقت ، وبمعنى « إذا » فلا تقتضى مالا يقتضياناه ،
وكونها تستعمل للتكرار في بعض أحيانها لا يمنع استعمالها في غيره ، مثل إذا ، وأى ، وقت ، فإنهما
يستعملان في الأمرين . قال الله تعالى : « وَإِذَا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آيَاتِنَا فَأَعْرِضْ عَنْهُمْ^(٣) »
« وَإِذَا جَاءَكَ الَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِآيَاتِنَا فَقُلْ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ^(٤) » « وَإِذَا أَلَمْ تَأْتِهِمْ بِآيَةٍ قَالُوا لَوْلَا
اجْتَبَيْتُمَا^(٥) » . وقال الشاعر :

قومٌ إذا الشرُّ أبدى نأجذيه لهم طاروا إليه زُرَافَاتٍ وَوَحْدَانَا^(٦)
وكذلك أى وقت ، وأى زما ، فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر الحروف يجازى بها ، إلا أنها لما
كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تُحْمَلُ على التكرار إلا بدليل ، كذلك متى .

(فصل)

٥٨٧٤

وهذه الحروف إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء ، كقوله : أنت طالق إن
دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر ،
كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب ، فتربط بين الجزاء
وشرطه ، وتدل على تعقيقه به . فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، لم تطلق حتى تدخل . وبه
قال بعض الشافعية . وقال محمد بن الحسن : تطلق في الحال ، لأنه لم يعاقبه بدخول الدار ، لأنه إنما

(١) البيت للحطيئة في ديوانه ، يقال : عشايعشوا إذ استضاء يبصر ضعيف في ظلمة ، وقال الأعلم : متى تأتاه
عاشيا أى في الظلام وهو العشاء (ف) (٢) في ١٨ . وباقي الحروف

(٣) سورة الأنعام آية ٦٨ (٤) سورة الانعام آية ٥٤ (٥) سورة الأعراف آية ٣٠٣

(٦) قائله قريط بن أنيف أحذنبى العنبر ، وإبداء الشر ناجذيه مثل لشدته وصعوبته ، والزرافات . الجماعات
بصفهم بإسراع كل واحد منهم إلى السكره دون تخاذل واللفظ الوارد في الحماسة ج ١ ص ٤ (طاروا إليه) وهو
كذلك في الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٨٢ . (ف) .

يعلق بالفاء ، وهذه لافاء فيها ، فيكون كلاماً مستأنفاً غير معلق بشرط ، فيثبت حكمه في الحال .
 وانما : أنه أتى بحرف الشرط ، فيدل ذلك^(١) على أنه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهي مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ، ويحذف الخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على الحذف ، ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار ، فقدم الشرط ، ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ، وتصحيحه على الفساد وجب ، وفيما ذكرنا تصحيحه ، وفيما ذكرناه إلغائه . وإن قال : أردت الإيقاع في الحال وقع ، لأنه يُقرّر على نفسه بما هو أغلظ ، وإن قال : أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال ، لأن معناه : أنت طالق في كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخول الدار ، كقول النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى وإن سرق » . وقال^(٣) : « صلّم وإن قطعوك ، وأعظم وإن حرموك » . وإن قال : أردت الشرط دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين^(٤) . فإذا قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وإن دخلت الأخرى . فتى دخلت الأولى طلقت ، سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ، ولا تطلق بدخول الأخرى .

وقال ابن الصباغ : تطبق بدخول كل واحدة منهما ، وقد ذكرنا أن مقتضى اللغة ما قلناه ، وإن قال : أردت جعل الثانى شرطاً لطلاقها أيضاً ، طلقت بكل واحد منهما لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ . وإن قال : أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثانية^(٥) فهو على ما أراده ، وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الأخرى . طلقت بدخول إحداها ، لأنه عطف شرطاً على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق قبيل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها . وإن قال : إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق ، فقد قيل : لا تطلق إلا بدخولهما ، لأنه جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ، ويحتمل أن تطلق بأحدهما أيهما كان ، لأنه ذكر شرطين بحرطين ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : ندل ذلك .

(٢) أخرج الشيخان عن أبي ذر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنانى جبريل فبشرنى أنه من مات من أمتك لا يشرك بالله عيشاً دخل الجنة قلت : وإن زنى وإن سرق قال : وإن زنى وإن سرق . . (ف)

(٣) بمعناه من حديث أخرجه أحمد عن عبد الله بن عمرو ، وعن أبي ذر قال : أوصانى خليلي صلى الله عليه وسلم ألا تأخذنى فى الله لومة لائم وأوصانى بصلة الرحم وإن أدبرت . . أخرجه الطبرانى (ف) .

(٤) فى المخطوطة ١٨ : على وجهين .

(٥) يعنى أنه حذف جواب الشرط . أى : وإن دخلت الأخرى فهى طالق أيضاً .

فيقتضى كل واحد منهما جزاء ، فترك ذكر جزاء الأول ، وكان الجزاء الآخر دالا عليه ، كما لو قال : ضربت وضربني زيد . قال الفرزدق :

ولكن ^(١) نصفاً لو سببت وسبني بنو عبد شمس من قريش وهاشم

والتقدير سبني هؤلاء وسببتهم . وقال الله تعالى : « عَنِ اليمينِ وَعَنِ الشَّمالِ قَعِيدٌ » ^(٢) . أى : عن اليمين قعيد ، وعن الشمال قعيد . وإن قال : إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت ، لأن الواو ليست للجزاء ، وقد تكون للابتداء . فإن قال : أردت بها الجزاء ، أو قال : أردت أن أجعل دخولها في حال كونها طالقاً شرطاً لشيء ، ثم أمسكت ، دُيِّنَ ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن جعل لهذا جزاء فقال : إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدى حر ، صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق ، لأن الواو ههنا للحال ، كقول الله تعالى : « لَا تَقْتُلُوا الْعَمِيدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ » ^(٣) وقوله : « فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ » ^(٤) . ولو قال : أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً ، فدخلت وهي طالق ، طاعت أخرى . وإن دخلتها غير طالق لم تطلق ، لأن هذا حال ، فجري مجرى قوله : أنت طالق إن دخلت الدار راكبة . وإن قال : أنت طالق لو قت ، كان ذلك شرطاً ، بمنزلة قوله : إن قت . وهذا يحكى عن أبي يوسف ، ولأنها لو لم تكن للشرط كانت لغواً ، والأصل اعتبار كلام المكلف . وقيل : يقع الطلاق في الحال . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله : « وَإِنَّهُ لَقَسَمٌ لَوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ » ^(٥) . « وَرَأَوُا الْعَذَابَ لَوْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَهْتَدُونَ » ^(٦) . وإن قال : أردت أن أجعل لها جواباً ، دُيِّنَ ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

(فصل)

٥٨٧٥

فإن قال : إن أكلت ولبست فأنت طالق ، لم تطلق إلا بوجودهما [جميعاً] ^(٧) ، سواء تقدم الأكل أو تأخر ، لأن الواو للعطف ، ولا تقتضى ترتيباً . وإن قال : إن أكلت أو لبست فأنت طالق ، طلقت بوجود أحدهما ، لأن [أو] لأحد الشئيين . وكذلك إن قال : إن أكلت أو لبست . أولاً أكلت ولا لبست . وإن قال : أنت طالق لا أكلت ولبست ، لم تطلق إلا بفعلهما ، إلا على الرواية التي تقول : يحنث بفعل بعض الحلوف عليه ، فإنه يحنث بأحدهما ههنا . وإن قال : أنت طالق إن أكلت فلبست ، أو إن أكلت ثم لبست ، لم تطلق حتى تأكل ثم تلبس ، لأن الفاء وثم للترتيب . وإن قال : أنت طالق إن أكلت

(١) النصف : الإنصاف ، وفي اللسان ج ٩ ص ٣٣٢ (من مناف وهاشم) (ف) .

(٢) سورة ق آية ١٧ (٣) سورة المائدة آية ٩٥ (٤) سورة آل عمران آية ١٤٣

(٥) سورة الواقعة آية ٧٦ (٦) سورة القصص آية ٦٤ (٧) ساقطة من المخطوطة ٢٠

(م ٥٧ - الغنى - سابق)

إذا لبست ، أو إن أكلت متى لبست ، أو إن أكلت إن لبست ، لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ، لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس ، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط ، فيقتضى تقديم المتأخر وتأخير المتقدم ، لأنه جعل الثانى فى اللفظ شرطاً للذى قبله ، والشرط يتقدم المشروط ، قال الله تعالى : « وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ »^(١) . فلو قال لامرأته : إن أعطيتك ، إن وعدتك ، إن سألتنى فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها ، لأنه شرط فى العطية الوعد ، وفى الوعد السؤال ، فكأنه قال : إن سألتنى فوعدتك ، فأعطيتك ، فأنت طالق . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال القاضى^(٢) : إذا كان الشرط بإذا كقولنا ، وفيما إذا كان بإن مثل قوله : إن شربت ، إن أكلت ، أنها تطلق بوجودها كيفاً وجداً ، لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية فى هذا ، فتعلقت اليقين بما يعرفه أهل العرف ، بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا . والصحيح الأول ، وليس لأهل العرف فى هذا عرف ، فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ، ولا ينطقون به إلا نادراً ، فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن^(٣) كسائر مسائل هذا الفصل .

(فصل)

٥٨٧٦

فإن قال : أنت طالق أن قت ، بفتح الهمزة ، فقال أبو بكر . تطلق فى الحال ، لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وإنما هى للتعليل ، فعناه : أنت طالق لأنك قت ، أو لقيامك ، كقول الله تعالى : « يَمْنُونِ عَائِيكَ أَنْ أَسْلَمُوا »^(٤) . « وَتُخْرِجُ الْجِبَالُ هَذَا أَنْ دَعَا الرَّحْمَنُ وَلَدًا »^(٥) . « وَيُخْرِجُونَ »^(٦) الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم^(٧) . وقال القاضى : قياس : قول أحد : أنه إن كان نحوياً وقع طلاقه ، وإن لم يكن نحوياً فهى للشرط ، لأن العامى لا يريد بذلك إلا الشرط ، ولا يعرف أن مقتضاها التعليل ، فلا يريد ، فلا يثبت له حكم مالا يعرفه ولا يريد ، كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه . وحكى عن ابن حامد أنه قال فى النحوى أيضاً : لا يقع طلاقه بذلك ، إلا أن ينوبه ، لأن الطلاق يُحمّل على الدرف فى حقهما جميعاً .

واختلف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه أحدها : يقع طلاقه فى الحال . والثانى : يكون شرطاً فى حق العامى ، وتعليلاً فى حق النحوى . والثالث : يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الإعراب ، فيقول : أردت

(١) سورة هود آية ٣٤ . (٢) فى ١٨ و ٢٠ : وقول القاضى . (٣) فى نسخة عند أهل اللسان .

(٤) سورة الحجرات آية ١٧ (٥) سورة مريم آية ٩٠ ، ٩١

(٦) فى النسخ المطبوعة (وتخرجون) والصواب (ويخرجون) وهى فى الآية الأولى من سورة المتحنة (ف) .

(٧) فى ٢٠ على الفور .

الشرط فيقبل ، لأنه لا يجوز صرف الكلام عما يقتضيه إلا بقصدده .
وإن قال : أنت طالق إذا دخلت الدار ، طلقت في الحال ، لأن إذ الماضي ، ويحتمل ألا يقع ، لأن
الطلاق لا يقع^(١) في زمن ماض ، فأشبهه قوله : أنت طالق أمس .

(فصل)

٥٨٧٧

وإنا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعاً في قول عامة أهل العلم . وخرج القاضى وجهاً
في وقوعه بوجود أحدهما ، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه . وهذا
بمعيد جداً ، يخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم . فإنه لا خلاف بينهم في
المسائل التي ذكرناها في الشرطين جميعاً ، وإذا اتفق العلماء على أنه لا يقع طلاقه لإخلاله بالترتيب في
الشرطين المرتبين في مثل قوله : إن أ كـت ثم أبست ، فلا إخلاله بالشرط كله أولى . ثم يلزم على هذا
مالو قال : إن أعطيتني درهمين فأنت طالق ، وإذا مضى شهران فأنت طالق ، فإنه لا خلاف في أنها لا تطابق
قبل وجودهما جميعاً ، وكان قوله يقتضى أن يقع الطلاق بإعطائه بعض درهم ، ومضى بعض يوم . وأصول
الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما .

وقد نص أحمد على أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا قال : إذا صمت يوماً فأنت طالق ،
أنها لا تنطلق حتى تحيض حيضة كاملة ، وإذا غابت الشمس من اليوم الذي تصوم فيه طلقت . وأما اليمين
فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه . وفي مسألتنا ما يقتضى
تعليق الطلاق بالشرطين معاً ، لتصريحه بهما وجعلها شرطاً للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على
أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ، لنهي الشارع عن شيء يقتضى المنع
من كل جزء منه ، كما يقتضى المنع من جماعته . وما علق على شرط جعل جرماً وحكماً له ، والجزاء لا يوجد بدون
شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفاً وشرعاً .

(فصول في تعليق الطلاق)

٥٨٧٨

إذا قال لامرأته : إن حضت فأنت طالق ، فقالت : قد حضت ، فصدقها ، طلقت ، وإن كذبها
ففيه روايتان .

إحداها : يقبل قولها ، لأنها مينة على نفسها ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعى ، وهو ظاهر المذهب ،
لأن الله تعالى قال : « وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَسْكُنْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ »^(٢) قيل : هو الحيض
والحل ، ولولا أن قولها فيه مقبول لما حرم عليها كتمانها ، وصار هذا كما قال الله تعالى : « وَلَا تَكْتُمُوا

(١) في ٢٠ لا يوقع بالبناء للمجهول . (٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

الشهادة»^(١) لما حرم كتمانها دل على قبولها كذا ههنا ، ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها ، فوجب الرجوع إلى قولها فيه ، كقضاء عدتها^(٢) .

والرواية الثانية : لا يقبل قولها ، ويختبرها النساء بإدخال قطنه في الفرج في الزمان الذى ادعت الحيض فيه ، فإن ظهر الدم فهى حائض ، وإلا فلا . قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته : إذا حضت فأنت طالق . وعبدى حر . قالت : قد حضت . ينظر إليها النساء ، فتعطى قطنه وتخرجها ، فإن خرج الدم فهى حائض ، وتطلق ويمتق العبد . وقال أبو بكر : وبهذا أقول ، وهذا لأن الحيض يمكن (التوصل إلى)^(٣) معرفته من غيرها ، فلم يقبل فيه مجرد قولها ، كدخول الدار . والأول المذهب ، ولعل أحمد إنما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد ، فإن قولها إنما يقبل في حق نفسها دون غيرها . وهل يعتبر يمينها إذا قلنا : القول قولها ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها فأنكرها . ولا يقبل قولها إلا في حق نفسها دون غيرها ، من طلاق أخرى ، أو عتق عبد . نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته ، إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأته الأخرى . قالت : قد حضت من ساعتها ، أو بعد ساعة ، تطلق هى ، ولا تطلق هذه حتى تعلم ، لأنها مؤتمنة على نفسها ، ولا يجعل طلاق هذه يبيدها . وهذا مذهب الشافعى وغيره ، لأنها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها ، فصارت كالمدعى يقبل قوله في الرد على المدعى دون غيره . ولو قال : قد حضت ، فأنكرته ، طلقت بإقراره . وإن قال : إن حضت فأنت وضررتك طالقان ، فقالت : قد حضت ، فصدقها طلقتا بإقراره . وإن كذبها طلقت وحدها . وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم يقبل ، لأن معرفتها بحيض غيرها كعرفة الزوج به ، وإنما ائتمنت على نفسها في حيضها . وإن قال : قد حضت فأنكرت ، طلقتا بإقراره . ولو قال لامرأته إن حضت فأنتما طالقان ، فقالتا : قد حضنا فصدقهما طالقان : وإن كذبها لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معاق على شرطين ، حيضها وحيض ضررتها ، ولا يقبل قول ضررتها عليها ، فلم يوجد الشرطان . وإن صدق إحداها وكذب الأخرى طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول في حقها ، وقد صدق الزوج ضررتها ، فوجد الشرطان في طلاقها ، ولم تطلق المصدقة ، لأن قول ضررتها غير مقبول في حقها ، وما صدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها .

(فصل)

٥٨٧٩

فإن قال لأربع : إن حضتن فأنتن طواقي ، فقلن : قد حضنا ، فصدقهن طلقن ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأن شرط طلاقهن حيض الأربع ، ولم يوجد وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق ، واحدة

(١) سورة البقرة آية ٢٨٣ .

(٢) في المخطوطة : ١٨ و ٢٠ : كاتقضاء عدتها .

(٣) ساقطة من ٢٠ .

منهن ، لأنه لم يوجد الشرط . وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها ، لأن قولها مقبول في حيضها ، وقد صدق الزوج صوابها ، فوجد حيض الأربع في حقها ، فطلقت ، ولا يطلق المصدقات ، لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن .

٥٨٨٠

(فصل)

وإن قال لمن : كلما حاضت إحداكن ، أو أيتسكن حاضت فضرأتها طوائق ، فقلن : قد حضنا ، فصدقن طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، وإن صدق واحدة طلقت كل واحدة من ضرأرها طلاقة طلاقة ، ولم تطلق هي ، لأنه لم يثبت حيض ضرة لها ، وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة من المصدقين طلاقة طلاقة ، لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة ، وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين طلقتين ، وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة ثلاثاً ، وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين طلقتين .

٥٨٨١

(فصل)

إذا قال لظاهر : إذا حضت فأنت طالق ، فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضاً ، حكمنا بوقوع الطلاق ، كما يحكم بكونه حيضاً في المنع من الصلاة وغيرها ، مما يمنع من الحيض ، وإن بان أنه ليس بحيض لا تقطعه لدون أقل الحيض ، بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا ، فإن ابن القاسم روى عنه : أنه يحدث حين تسكلم به ، وقد سبق الكلام منه في هذا ، وإن قال لحائض : إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض . ولو قال لظاهر : إذا تطهرت فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وهذا يحكى عن أبي يوسف .

وقال بعض أصحاب الشافعي : الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسألتين ، لأنه قد وجد منها الحيض الطهر ، فوقع الطلاق بوجود صفته .

ولنا : أن «إذا» اسم زمن مستقبل ، يقتضى فعلاً مستقبلاً ، وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد ، ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك ، فتعاقبت الصفة به ، ولو قال لظاهر : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، نص عليه أحمد لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك . ولو قال لحائض : إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، وتطلق في الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل . نص عليه أحمد في رواية إبراهيم الحربي ، وذكر أبو بكر في التنبية فيها قولاً : أنها لا تطلق حتى تغتسل ، بناء على العدة لا تقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل .

ولنا : أن الله تعالى قال « وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ^(١) » أى ينقطع دمهن « فَإِذَا تَطَهَّرْنَ » أى اغتسلن ، ولأنه قد ثبت لما أحكام الطاهرات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام ، وإنما بقي بعض الأحكام موقوفا على وجود الفسل ، ولأنها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهرا ، لأنهما ضدان على التاميين ، فيلزم من انتفاء أحدهما وجود الآخر .

٥٨٨٢

(فصل)

فإن قال لما : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طاعت واحدة ، فإذا حاضت الثانية طلقت الثانية عند طهرها منها . وإن قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق ، لم تطلق الثانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة ، لأن « ثم » للترتيب ، فتتضمن حيضتين بمد الطلقة الأولى ، لكونهما مرتبتين عليها .

٥٨٨٣

(فصل)

فإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت ، طالق ، طلقت إذا ذهب نصف الحيضة ، وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادت ، لأن الأحكام تعلقت بالمادة ، فيتعلق بها وقوع الطلاق ، ويحتمل أنه لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف ، لأننا لا نتيقن مضي نصف الحيضة إلا بذلك ، إلا أن تطهر لأقل من ذلك . ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف الحيضة . وقيل . يلغو قوله نصف حيضة ، ويبقى طلاقها معلقا بوجود الحيض ، والأول أصح ، فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة ، وله نصف حقيقة ، والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده ، وتعلق الحكم به كالحمل .

٥٨٨٤

(فصل)

وإن قال لامرأته : إذا حضت حيضة واحدة فأنتا طالقتان ، لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ، ويكون التقدير : إن حاضت كل واحدة منك حيضة واحدة فأنتا طالقتان ، كقول الله تعالى (فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً) ^(٢) أى : اجلدوا كل واحد منهم ثمانين ، ويحتمل أن يتعلق بحيض إحداها حيضة ، لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجبت إضافته إلى إحداها ، كقوله تعالى : « يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللَّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ » ^(٣) وإنما يخرج من ^(٤) من أحدهما ، وقال القاضي : يلغو قوله : حيضة

(١) سورة البقرة آية ٢٢٢ (٢) سورة النور آية ٤ (٣) سورة الرحمن آية ٢٢

(٤) على هذا جرى المفسرون القدامى فقد قالوا : إن اللؤلؤ لا يوجد إلا في الملح ، ولكن ظهر في عصرنا ما يثبت إعجاز القرآن فقد وجدت الآلىء في المياه العذبة في إنجلترا واسكتلندا وويلز وتشيكوسلوفاكيا واليابان . . . الخ بالإضافة إلى مصائد اللؤلؤ البحرية للشهيرة . راجع المنتخب في تفسير القرآن ج ٥ ص ٦٥٨ (ف)

واحدة لأن حيضة واحدة من امرأتين محال ، فيبقى كأنه قال : إن حضمتا فأنتما طالقتان . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر : لا تنفذ هذه الصفة ، لأنها مستحيلة ، فتصير كتمليق الطلاق بالمستحيلات . والوجه الأول أولى ، لأن فيه تصحيح كلام المكلف بحمله على محل سائغ ، وتبعيداً لوقوع الطلاق ، واليقين بقاء النكاح ، فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقيناً . وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين ، فإن أراد بكلامه أحدهذه الوجوه حل عليه . وإذا ادعى ذلك قبل منه ، وإذا قال : أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تمليق الطلاق بمستحيل ، فيحتمل أن يلفو قوله : حيضة ، ويحتمل ألا يقع الطلاق ، لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها . ويحتمل أن يقع في الحال ، ويلغو الشرط ، بناء على ما ذكرناه في تمليق الطلاق على المستحيل.

(فصل)

٥٨٨٥

وإذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن لم أطأها فضرأثرها طوائق ، وقيده بوقت ، فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، لأن لكل واحدة ثلاث ضرائر غير موطوءات ، وإن وطئ ثلاثاً وترك واحدة لم تطلق المتروكة ، لأنها ليست لها خيرة غير موطوءة . وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة ، وإن وطئ اثنتين طلقنا طلقتين ، وطلقت المتروكتان طلقة طلقة ، وإن وطئ واحدة طلقت ثلاثاً وطلقت كل واحدة من المتروكات طلقتين طلقتين ، وإن لم يقيد بوقت كان وقت الطلاق مقيداً بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة ، وإذا ماتت أخرى فكذلك ، وإن مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته .

(فصل)

٥٨٨٦

فإن قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق ، ولم تكن حاملاً طلقت ، وإن أنت بولدت لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ، ولم يكن بطأها لم تطلق ، لأننا تبينا أنها كانت حاملاً بذلك الولد . وإن مضت أربع سنين ولم تلد تبينا أنها طلقت حين عقد اليمين . وإن كان يطؤها وأنت بولدت لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين نظرت ، فإن ظهرت علامات الحمل من انقطاع الحيض ونحوه ، قبل وطئه أو قريباً منه بحيث لا يحتمل أن يكون من الوطء الثاني لم تطلق . وإن حاضت أو وجد ما يدل على براءتها من الحمل طلقت ، وإن لم يظهر ذلك واحتمل أن يكون من الثاني فقيه وجهان . أحدهما : تطلق ، لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء . والثاني : لا تطلق ، لأن اليقين بقاء النكاح ، فلا يزول بشك واحتمال ، ^(١) ولا يجوز للزوج وطؤها قبل الاستبراء ، لأن الأصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، وإلا استبرأها ههنا بحيضة ، فإن وجدت الحيضة ، على عاداتها تبينا وقوع طلاقها ، وإن لم تأت في عاداتها ،

(١) في المخطوطة ٢٠ : بالشك والاحتمال .

كان ذلك دليلاً على حملها وحل وطئها، وإن قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق، فهي عكس المسألة التي قبلها. ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لا يقع ههنا، وفي الموضع الذي لا يقع ثم يقع ههنا، إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئ الزوج بعد البين، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق، لأن تعيين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء، لأن الأصل عدمه قبله، ولا يحل له الوطء حتى يستبرأها. نص عليه أحمد. قال القاضي: يحرم الوطء، سواء قلنا الرجعية مباحة أو محرمة، لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه، وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى: لا يحرم الوطء، لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل، وإذا استبرأها حل وطؤها على الروابطين، ويكون الاستبراء بحیضة. قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا قال لامرأته: متى حلت فأنت طالق، لا يقربها حتى تحيض، فإذا طهرت وطئها، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة، فإن لم يوجد أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر، غالب مدة الحمل، وذكر القاضي فيها رواية أخرى: أنها تستبرأ بثلاثة أقراء، ولأنه استبراء الحرة، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والصحيح ما ذكرناه، لأن المقصود معرفة براءة رحمها، وقد حصل بحیضة، لهذا قال عليه السلام ^(١) «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحیضة». بمعنى تعلم براءتها بحیضة، ولأن ما يعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد، لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالحرية والرق. وأما المدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن ^(٢) يُعدَّ بالقياس، وهل يعتد ^(٣) بالاستبراء قبل عقد البين، أو بالحیضة التي حلف فيها؟ على وجهين.

أصحهما: الاعتداد به، لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد البين.

والثاني: لا يعتد به، لأن الاستبراء لا يقدم على سببه، ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة. قال أحمد: إذا قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق، يوطؤها في كل طهر مرة، بمعنى إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها، لأن الحيض علم على براءتها من الحمل، ووطؤها سبب له، فإذا وطئها اعتزلها، لاحتمال أن تكون قد حبلت من وطئها فطلقت به.

(فصل)

٥٨٨٧

إذا قال: إن كنت حاملاً بسلام فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنتي فأنت طالق اثنتين، فولدت

(١) أخرجه أبو داود والحاكم من حديث أبي سعيد الخدري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في سبأيا أو طاس ولا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حامل حتى تحيض حيضة (ف)

(٢) في النسخ المطبوعة (أن تعدا) والصواب (أن يعدي) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٠٣ (ف)

(٣) في النسخ للطبوعة (وهل تعتدا) وهو خطأ والصواب (وهل يعتد) كما في الشرح الكبير الصفحة السابقة (ف)

غلاماً ، كانت حاملاً به وقت اليمين تبيناً أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه ، وإن ولدت أنثى طلقت بولادتها طلقتين ، واعتدت بالقروء ، وإن ولدت غلاماً وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبيناً أنها طلقت واحدة^(١) وبانت بوضع الجارية ، ولم تطلق بها . وإن كانت الجارية أولهما ولادة طلقت ثلاثاً ، وإحداً يحمل الغلام ، واثنين بولادة الجارية ، وانقضت عدتها بوضع الغلام ، وإن قال لها : إن كنت حاملاً بغلام فأنت طالق واحدة . وإن كنت حاملاً بجارية ، فأنت طالق اثنتين^(٢) ، فولدت غلاماً وجارية ، طلقت ثلاثاً .

وإن قال : إن كان حملك غلاماً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان حملك جارية ، فأنت طالق اثنتين ، فولدت غلاماً وجارية لم تطلق ، لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية^(٣) ، ذكره القاضى فى الجرد ، وأبو الخطاب ، وبه قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال القاضى فى الجامع : فى وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوباً من غزلها ، فلبس ثوباً فيه من غزلها .

(فصل)

٥٨٨٨

فإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق ، فولدت ثلاثاً دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، لأن صفة الثلاث وجدت وهى زوجة ، وإن ولدتهم فى دفعات من حمل واحد ، طلقت بالأولين وبانت بالثلاث^(٤) ولم تطلق ذكره أبو بكر وهو قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وحكى عن ابن حامد : أنها تطلق ، لأن زمان البيئونة زمن الوقوع ، ولا تنافى بينهما .

ولنا : أن العدة انقضت بوضع الحمل ، فصادفها الطلاق بانثناً لم يقع ، كما لو قال : إذا مت فأنت طالق ، وقد نص أحمد فيمن قال : أنت طالق مع موتى ، أنها لا تطلق ، فهذا أولى . وإن قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتها دفعة واحدة طلقت ثلاثاً ، وإن ولدتهما فى دفعتين وقع بالأول معلق عليه ، وبانت بالثانى ولم يقع به شيء إلا على قول ابن حامد ، فإن أشكل الأول منهما أو كيفية وضعهما طلقت واحدة بيقين ، ولا تلزمه الثانية والورع أن ياتزمها ، وهذا قول الشافعى وأصحاب الرأى ، وقال القاضى : قياس المذهب أن يقرع بينهما .

وإن قال : إن كان أول ما تلدين ذكراً ، فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين ، فولدتها دفعة واحدة لم يقع بها شيء ، لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة ، وإن ولدتهما فى دفعتين وقع بالأول ما علق عليه ولم يقع بالثانى شيء .

(١) فى المخطوطة ٢٠ : طلقة (٢) فى المخطوطة ٢٠ : طلقتين (٣) فى المخطوطة ١٨ و ٢٠ ولا هو بجارية

(٤) فى المخطوطة ١٨ : بالثالث

(فصل)

٥٨٨٩

فإن كان له أربع نسوة فقال : كلما ولدت واحدة منهن فبأنها طلاق ، فولدت واحدة طلاقاً ، وكلهن ثلاثاً ثلاثاً . وإن ولدت في دفعات وقع بضرائر الأولى طلاق طنقة ، فإذا ولدت الثانية بانت بوضعه ولم تطلق ، وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان ^(١) .

أحدهما : لا يقع بهن طلاق ، لأنها لما انتقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائرها ، والزواج إنما علق على ولادتها طلاق ضرائرها .

والوجه الثاني : يقع بكل واحدة طلاقاً ، لأنهن ضرائرها في حال ولادتها ، فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلاقاً ، وتبين هذه وتقع بالوالدة الأولى طلاقاً ، فإذا ولدت الثانية بانت ، وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان ، فإذا قلنا : يقع بهن طلاق الرابعة ثلاثاً والأولى طلاقاً وبانت الثانية والثالثة وليس فيهن من له رجعتها إلا الأولى ما لم تنقض عدتها ، وإذا ولدت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقض عدتها بذلك .

وإن قال : كلما ولدت واحدة منهن فبأنها طلاق ، أو فبأنها طلاق ، فكذلك ولدت واحدة وقع بباقيهن طلاقاً طلاقاً ، وتبين والدة بوضع ولدها إلا الأولى . والفرق بين هذه وبين التي قبلها ، أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتهما ههنا ، وفي الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك ، وإن قال : كلما ولدت واحدة منهن فأنتن طوائق ، فكذلك إلا أنه يقع على الأولى طلاقاً بولادتها ، فإن كانت الثانية حاملاً بائنتين فوضعت الأول منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلاقاً في المسائل كلها ، ووقع بها طلاقاً في المسألة الثالثة ، وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملاً بائنتين ، فكذلك فتطلق الرابعة ثلاثاً ، وتطلق كل واحدة من الوالدات طلاقاً طلاقاً في المسألتين الأوليين ، وثلاثاً ثلاثاً في المسألة الثالثة فكذلك وضعت واحدة منهن تمام حملها انتقضت به عدتها . قال القاضي : إذا كانت له زوجتان فقال : كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طلاقاً ، فولدت إحداها يوم الخميس طلقاً جميعاً ، ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانتقضت عدتها ولم تطلق ، وطلقت الأولى ثانية ، فإن كانت كل واحدة منهما حاملاً بائنتين طلقاً بوضع الثانية طلاقاً طلاقاً أيضاً ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انتقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثاً ، فإذا ولدت الثانية تمام حملها انتقضت عدتها به ، وطلقت الثانية ثلاثاً .

(فصل)

٥٨٩٠

وإذا قال لامرأته إن كلمتك فأنت طالق ثم أعاد ذلك ثانية طلق واحدة ، لأن إعادته تكليم لها ،

(١) في ٢٠ و ٣٩ : فيه وجهان .

وشرط لطلاقها ، فإن أعاده ثالثة طلقت ثانية ، إلا أن يكون غير مدخول بها ، فتبين بالأولى ، ولا يلحقها طلاق ثان . وإن أعاده رابعة طاعت الثالثة . وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلم ذلك أو فتحقق ذلك حنث ، لأنه كلما بعد عقد اليمين إلا أن ينوى كلاماً مبتدأ ، وإن زجرها فقال تنحى أو اسكتي أو اذهبي حنث لأنه كلام ، وإن سمعها تذكر فقال : السكاذب عليه لعنة الله ، حنث نص عليه أحد لأنه كلمها ، وإن كلمها وهي نائمة أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون لا تسمع ، أو بعيدة لا تسمع كلامه ، أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع ، أو حلف لا يكلم فلانا فكلمه ميتاً لم يحنث ، وقال أبو بكر : يحنث في جميع ذلك ، لقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم^(١) كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟

ولنا : أن التكلم فعل يتعدى إلى المتكلم ، وقد قيل إنه مأخوذ من السكلم وهو الجرح ، لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ، ولا يكون ذلك إلا بإسماعه ، فأما تكليم النبي صلى الله عليه وسلم الموتى فن منجزاته فإنه قال^(٢) : « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » . ولم يثبت هذا لغيره ، وقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : كيف تكلم أجساداً لا أرواح فيها ؟ حجة لنا ، فإنهم قالوا ذلك استبعاداً ، أو سؤالاً عما خفي عنهم سببه وحكمته ، حتى كشف لهم النبي صلى الله عليه وسلم حكمة ذلك بأمر يختص به ، فيبقى الأمر في حق من سواه على النفي . وإن حلف لا كلمت فلانا فكلمته وهو سكران حنث ، لأن السكران يكلم ويحنث ، وربما كان تكليمه في حال سكره أضمر من تكليمه في صحوه ، وإن كلمته سكرانه^(٣) حنث ، لأن حكمها حكم الصاحي ، وإن كلمه وهو صبي أو مجنون يسمع ويعلم أنه مكلم حنث ، وإن جفت هي ثم كلمته لم يحنث ، لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لسكلامها حكم .

(فصل)

٥٨٩١

فإن حلف لا يكلم إنساناً فكلمه بحيث يسمع ، فلم يسمع لشاغله أو غفلته حنث ، لأنه كلمه ، وإنما لم يسمع لغفلته ، أو شغل قلبه . وإن كلمه ولم يعرفه فإن كانت يمينه بالطلاق حنث . قال أحمد في رجل حلف بالطلاق ألا يكلم حاته ، فرآها بالليل ، فقال : من هذا ؟ حنث ، قد كلمها ، وإن كانت يمينه بالله أو يميناً مكفرة ، فالصحيح أنه لا يحنث ، لأنه لم يقصد تكليمه ، فأشبهه الفاسي ، ولأنه ظن الخلوفاً عليه غيره

(١) ، (٢) أخرج البخاري عن أبي طلحة أن نبي الله أمر يوم بدر بأربعة وعشرين رجلاً من صناديد قريش فقتلوا في طوى من أطواء بدر .. فجعل يناديهم بأسمائهم وأسماء آبائهم .. هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قال : فقال عمر : يا رسول الله ما تكلم من أجساد لا أرواح لها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذي نفس محمد بيده ما أنتم بأسمع لما أقول منهم . قال قتادة : أحياء الله حتى أسممهم قوله .. « ف

(٣) في ١٨ و ٢٠ : سكرى

فأشبه لغو اليمين . وإن سلم عليه حنث ، لأنه كلفه بالسلام . وإن سلم على جماعة هو فيهم وأراد جميعهم بالسلام حنث ، لأنه كلفهم كلهم . وإن قصد بالسلام من عداه لم يحنث ، لأنه إنما كلم غيره وهو يسمع . وإن لم يعلم أنه فيهم ففيه روايتان :

إحداها : يحنث . لأنه كلفهم جميعهم ، وهو فيهم .

والثانية : لا يحنث ، لأنه لم يقصده ، ويمكن حل قوله في الحنث على اليمين بالطلاق والعناق ، لأنه لا يعذر فيها بالنسيان والجهل في الصحيح من المذهب ، وعدم الحنث على اليمين المكفرة . فإن كان الحالف إماماً ، والمحلف عليه مأموماً لم يحنث بتسليم الصلاة ، لأنه للخروج منها ، إلا أن ينوى بتسليمه التأمومين ، فيسكون حكمه حكم مالهو سلم عليهم في غير الصلاة ، ويحتمل ألا يحنث بحال ، لأن هذا لا يعد تسليماً ، ولا يريده الحالف . وإن حلف لا يكلم^(١) فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يقصد بذلك إسماعه كما قال :

* إياك أعنى واسمى بإجارة *

حنث ، نص عليه أحمد . قال : إذا حلف لا يكلم فلاناً فكلم إنساناً وفلان يسمع يريد بكلامه إياه المحلف عليه حنث ، لأنه قد أراد تسليمه .

وروي عن أبي بكرة ما يدل على أنه لا يحنث ، فإنه كان حلف ألا يكلم أخاه زياداً ، فعزم زياد على الحج ، فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجره ، فقال : إن أباك يريد الحج ، والدخول على زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب ، وقد علم أنه غير صحيح ، ثم خرج ولم ير أنه كلفه . والأول الصحيح ، لأنه أسمه كلامه ، يريده به ، فأشبه مالهو خاطبه به ، ولأن به^(٢) مقصود تسليمه قد حصل بإسماعه كلامه .

(فصل)

٥٨٩٢

فإن كتب إليه ، أو أرسل إليه رسولا حنث ، إلا أن يكون قصد ألا يشافهه ، نص عليه أحمد . وذكره الخرقي في موضع آخر ، وذلك لقول الله تعالى « وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا »^(٣) ولأن القصد بالترك لكلامه هجرانه ولا يحصل مع مواصلته بالرسول والكتب ، ويحتمل ألا يحنث إلا أن ينوى ترك ذلك لأن هذا ليس بتسليم حقيقة . ولو حلف ليكلمه لم يبر بذلك إلا أن ينويه ، فكذلك لا يحنث به . ولو حلف لا يكلمه فأرسل إنساناً يسأل أهل العلم عن مسألة أو حديث ، فجاء الرسول فسأل المحلف عليه لم يحنث بذلك . وإن حلف لا يكلم امرأته

(١) في المخطوطة ٢٠ : ألا يكلم .

(٢) لفظ (به) ساقط من الشرح الكبير والغنى مستقيم بدونه (ف) . (٣) سورة الشورى : الآية ٥١ .

لجامعها ام يحنث ، إلا أن تسكون نيته هجرانها . قال أحد في رجل قال لامرأته : إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق ، أله أن يجامعها ولا يكلمها ؟ فقال : أى شيء كان ^(١) بدو هذا يسوؤها أو يغيظها ؟ فإن لم يكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها . وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقراءه في نفسه ولم يحرك شفتيه به ^(٢) حنث ، لأن هذا قراءة الكتب في عرف الناس ، فتتصرف يمينه إليه ، إلا أن ينسوى حقيقة القراءة . قال أحد إذا حلف . لا قرأت لفلان كتاباً ، ففتحته حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفتيه ، فإن أراد ألا يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه .

(فصل)

٥٨٩٣

فإن قال لامرأته إن بدأتك بالكلام فأنت طالق ، فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبدى حر ، انحلت يمينه ، لأنه لما خاطبته بيمينها فأنته البداية بكلامها ، وبقيت يمينها معلقة فإن بدأت بكلامها انحلت بيمينها أيضاً ، وإن بدأتها هي عتق عبدها ، هكذا ذكره أصحابنا ويحتمل أنه إن بدأها بالكلام في وقت آخر حنث ، لأن ذلك يسمى بداية ، فتناولته يمينه ، إلا أن ينوى ترك البداية في هذا الوقت ، أو هذا المجلس ، فيتقيد به .

(فصل)

٥٨٩٤

فإن قال لامرأته : إن كلمتا هذين الرجلين فأنتا طالقتان ، فكلمت كل واحدة رجلاً ففيه وجهان . أحدهما : يحنث ، لأن تسليهما ، وجد منهما ، فحنث كما لو قال إن حضمتا فأنتا طالقتان ، فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال : إن ركبنا دابتيكما فأنتا طالقتان ، فركبت كل واحدة دابتها . والوجه الثاني : لا يحنث حتى تسلم كل واحدة منهما الرجلين معاً لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما ، فلا تطلق واحدة بكلام الأخرى وحدها ، وهذا أظهر الوجهين . لأصحاب الشافعي ، وهكذا لو قال : إن دخلتا هاتين الدارين فالحكم فيها كالأولى ، وهذا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحد به ، فأما ما جرى العرف فيه بانفراد الواحد فيه بالواحد ، كنحو ركبا دابتيهما ، ولبسا ثوبيهما ، وتقلدا سيفيهما ، واعتقلا رجليهما ودخلا بزوجيهما ، وأشباه هذا ، فإنه يحنث إذا وجد منهما منفردين ، وما لم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين ، ولو قال : إن أكلتا هذين الرغيفين ، فأكلت كل واحدة منهما رغيفاً يحنث ، لأنه يستحيل أن تأكل كل واحدة منهما الرغيفين ، بخلاف الرجلين والدارين .

(١) لفظ الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٢٩ (قال أحد في رجل قال لامرأته إن كلمتك خمسة أيام فأنت طالق : أن له أن يجامعها ولا يكلمها ، فقال أى شيء كان به ؟ وهذا يسوؤها أو يغيظها فإن لم تكن له نية فله أن يجامعها ولا يكلمها) (ف)
(٢) في المخطوطة : ١٨ و ٢٠ ولم يحرك شفته .

٥٨٩٥

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن كلمت زيدا ومحمد مع خالد ، لم تطلق حتى تسلم زيدا في حال يكون فيها محمد مع خالد ، وذكر القاضي : أنه يحتمل بكلام زيد فقط ، لأن قوله : محمد مع خالد استثناف كلام بدليل أنه مرفوع ، والصحيح ما قلناه لأنه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من قطعه ، والرفع لا ينفى كونه حالا فإن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا ، كقوله تعالى « أَقْتَرَبَ لِلنَّاسِ حِسَابُهُمْ وَهُمْ فِي غَفْلَةٍ مُّعْرِضُونَ »^(١) وقال : « إِلَّا اسْتَمَعُوهُ وَهُمْ يَلْعَبُونَ »^(٢) « وَأَخَافُ أَنْ يَأْكُلَهُ الذِّئْبُ وَأَنْتُمْ عَنْهُ غَافِلُونَ »^(٣) وهذا كثير ، فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع إمكان وصله به ، ولو قال : إن كلمت زيدا ومحمد مع خالد فأنت طالق ، لم تطلق حتى تسلم زيدا في حال كون محمد مع خالد . فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ، ولو قال أنت طالق إن كلمت زيدا وأنا غائب ، لم تطلق ، حتى تسلمه في حال غيبته ، وكذلك لو قال : أنت طالق إن كلمت زيدا وأنت راكبة ، أو هو راكب أو محمد راكب لم تطلق حتى تسلمه في تلك الحال . ولو قال : أنت طالق إن كلمت زيدا ومحمد أخوه مريض ، لم تطلق حتى تسلمه وأخوه محمد مريض

٥٨٩٦

(فصل)

فإن قال : إن كلمتني إلى أن يقدم زيد ، أو حتى يقدم زيد ، فأنت طالق ، فكلمته قبل قدومه حنث ، لأنه مد المنع إلى غاية هي قدوم زيد ، فلا يحتمل بعدها ، فإن قال : أردت إن استدمت كلامي من الآن إلى أن يقدم زيد دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين^(٤)

٥٨٩٧

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو كلما شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أنى شئت ، لم تطلق حتى تشاء ، وتنطق بالمشينة بلسانها فتقول : قد شئت ، لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان ، فتعلق الحكم بما يتعلق به دون ما في القلب . فلو شئت بقلبها دون نطقها لم يقع طلاق . ولو قالت : قد شئت بلسانها وهي كارهة لوقع الطلاق اعتبارا بالنطق . وكذلك إن علق الطلاق بمشينة غيرها ، ومتى وجدت المشينة باللسان وقع الطلاق ، سواء كان على الفور أو التراخي ، نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشينة فلان ، وفيما إذا قال : أنت طالق حيث شئت ، أو أنى شئت ، ونحو هذا قال الزهري ، وقتادة . وقال أبو حنيفة دون صاحبيه : إذا قال : أنت

(١) سورة الأنبياء آية ١

(٢) سورة الأنبياء آية ٢

(٣) سورة يوسف آية ١٣

(٤) في المخطوطة ٤٠ و ٣٩ : على وجهين .

طالق كيف شئت ، تطلق في الحال طلاق رجعية ، لأن هذا ليس بشرط ^(١) ، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها .

ولما أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها ، فأشبهه ما لو قال : حيث شئت . وقال الشافعي في جميع الحروف : إن شاءت في الحال ، وإلا فلا تطلق ، لأن هذا تملك للطلاق ، فكان على الفور ، كقوله اختارى ، وقال أصحاب الرأي في إن كقوله ، وفي سائر الحروف كقولنا ، لأن هذه الحروف صريحة في التراخي ، فحملت على ممتضاها ، بخلاف إن ، فإنها لا تقتضى زمانا ، وإنما هي مجرد الشرط ، فتقيد بالفور بقضية التملك ، وقال الحسن ، وعطاء : إذا قال أنت طالق إن شئت إنما ذلك لها ماداما في مجلسهما .

ولما : أنه تعلّق للطلاق على شرط ، فكان على التراخي كسائر التعلّيق . ولأنه إزالة ملك معاق على المشيئة ، فكان على التراخي كالعتق ، وفارق اختارى ، فإنه ليس بشرط ، وإنما هو تخيير ، فتقيد بالمجلس كاختيار المجلس ، وإن مات من له المشيئة أو جن لم يقع الطلاق ، لأن شرط الطلاق لم يوجد . وحكى عن أبي بكر : أنه يقع ، وليس بصحيح ، لأن الطلاق المعاق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه ، كما لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن شاء ، وهو مجنون ، لم يقع طلاقه ، لأنه لا حكم لكلامه ، وإن شاء وهو سكران فالصحيح أنه لا يقع ، لأنه زائل العقل فهو كالمجنون .

وقال أصحابنا : يخرج على الروايتين في طلاقه . والفرق بينهما : أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه ، كيلا تكون المعصية سبباً للتخفيف عنه ، وهما إنما يقع الطلاق بغيره ، فلا يصح منه في حال زوال عقله . وإن شاء وهو طفل لم يقع ، لأنه كالمجنون ، وإن كان يعقل الطلاق وقع ، لأن له مشيئة ، ولذلك صح اختياره ، لأحد أبويه . وإن كان أخرس فشاء بالإشارة وقع الطلاق ، لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق ، ولذلك وقع طلاقه بها . وإن كان ناطقاً حال التعلّق بغيره ففيه وجهان .

أحدهما : يقع الطلاق بها ، لأن طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئة . والثاني : لا يقع بها ، لأنه حال التعلّق كأنه لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره ، كما لو قال : في التعلّق إن نطق فلان بمشيئته فهي طالق .

(فصل — ل)

٥٨٩٨

فإن قيد المشيئة بوقت فقال : أنت طالق إن شئت اليوم ، تقيد به ، فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق ، وإن علقه على مشيئة اثنين ^(٢) لم يقع حتى توجد مشيئتهما . وخرج القاضى وجهاً أنه يقع بمشيئة

(١) في المخطوطة ١٨ : ليس شرطاً .

(٢) في المخطوطة ٢٠ على المشيئة باثنين وهو تحريف .

أحدهما ، كما يحفث بفعل بمض الحلو ف عليه ، وقد بينا فساد هذا ، فإن قال : أنت طالق إن شئت وشاء أبوك ، فقالت : قد شئت إن شاء أبى . فقال أبوها : قد شئت ، لم تطلق ، لأنها لم تشأ ، فإن المشيئة أمر خفى لا يصح تعليقها على شرط . وكذلك لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قد شئت إن شئت . فقال : قد شئت أو قالت : قد شئت إن طلعت الشمس ، لم يقع . نص عليه أحمد ، على معنى هذا ، وهو قول سائر أهل العلم ، منهم الشافعى ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت طالق إن شئت . فقالت : قد شئت إن شاء فلان . أنها قد ردت الأمر ، ولا يلزمها الطلاق . وإن شاء فلان . وذلك لأنه لم توجد منها مشيئة ، وإنما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط ، وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة ، وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور ، والآخر على التراخى وقع الطلاق ، لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعا .

(فصل)

٥٨٩٩

فإن قال : أنت طالق إلا أن تشأى ، أو يشاء زيد ، فقالت : قد شئت ، لم تطلق وإن أخرا ذلك طلقت ، وإن جن من علق الطلاق بمشيئته طلقت في الحال ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد . وكذلك إن مات فإن خرس فشاء بالإشارة خرج فيه وجهان ، بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته .

(فصل)

٥٩٠٠

فإن قال : أنت طالق واحدة إلا أن تشأى ثلاثا ، فلم تشأ ، أو شأته أقل من ثلاث ، طلقت واحدة . وإن قالت : قد شئت ثلاثا ، فقال أبو بكر : تطلق ثلاثا ، وقال أصحاب الشافعى ، وأبي حنيفة : لا تطلق إذا شأته ثلاثا ، لأن الاستثناء من الإثبات نفى فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن تشأى ثلاثا فلا تطلق ، ولأنه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئتها ثلاثا ، فكذلك إذا قال : ثلاثا ، لأنه إنما ذكر الثلاث صفة لمشيئتها الرافعة لطلاق الواحدة ، فيصير كما لو قال : أنت طالق إلا أن تكررى بمشيئتك ثلاثا . وقال القاضى : فيها وجهان .

أحدهما : لا تطلق ، لما ذكرنا .

والثانى : تطلق ثلاثا ، لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شأته ، كما لو قال له : على درهم إلا أن يقيم البيعة بثلاثة^(١) ، وخذ درهما إلا أن تريد أكثر منه ، ومنه قول الدبى صلى الله

(١) الصواب « له على درهم إلا أن يقيم البيعة بثلاثة » كما فى الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٣٧ (ف) .

عليه وسلم^(١) : « البَيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا ، إلا بيع الخيار » . أى : إن بيع الخيار ثبت الخيار فيه بعد تفرقهما .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن تشأني واحدة ، فقالت : قد شئت واحدة . طلقت واحدة على قول أبي بكر ، وعلى قولهم : لا تطلق شيئاً .

٥٩٠١ (فصل)

فإن قال : أنت طالق لمشينة فلان ، أو لرضاء ، أو له ، طلقت في الحال ، لأن معناه : أنت طالق لكونه قد شاء ذلك ، أو رضيه ، أو ليرضى به ، كقوله : هو حر لوجه الله ، أو لرضى الله . فإن قال : أردت به الشرط دُين . قال القاصي : يقبل في الحكم ، لأنه محتمل . فإن ذلك يستعمل للشرط ، كقوله : أنت طالق للشفة ، وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي .

٥٩٠٢ (فصل)

فإن قال : أنت طالق إن أحببت ، أو إن أردت ، أو إن كرهت ، احتمل أن لا يتعلق الطلاق بقولها بلسانها : قد أحببت ، أو أردت ، أو كرهت ، لأن هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قولها ، فتعلق الحكم بها كالمشينة ويحتمل أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ، لكون اللسان دليلاً عليه ، فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم يتلفظ^(٢) . ولو قالت : أنا أحب ذلك ، ثم قالت : كنت كاذبة ، لم تطلق .

وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق ، فقالت : أنا أحب ذلك ، فقد سئل أحد عنها فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان .

أحدهما : لا تطلق ، وهو قول أبي ثور ، لأن المحبة في القلب ، ولا توجد من أحد محبة ذلك ، وخبرها بمحبته له كذب معلوم ، فلم يصلح^(٣) دليلاً على ما في قلبها .

والاحتمال الثاني : أنها تطلق ، وهو قول أصحاب الرأي ، لأن ما في القلب لا يوقف عليه إلا من لسانها ، فاقضى تعليق الحكم بلفظها به ، كاذبة كانت أو صادقة كالمشينة . ولا فرق بين قوله : إن كنت تحبين ذلك وبين قوله : إن كنت تحبينه بقلبك ، لأن المحبة لا تسكون إلا بالقلب .

(١) أخرج الشيخان عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار » (ف) .

(٢) في المخطوطة ٢٠ وإن لم ينطق به .

(٣) في المخطوطة ٢٠ و ٣٩ : فلم يصح .

(م ٥٩ — المنى — صاحب)

٥٩٠٣

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن شاء الله تعالى طلقت . وكذلك إن قال عبدي حر إن شاء الله تعالى عتق . نص عليه أحمد في رواية جماعة . وقال : ليس هما من الأيمان . وبهذا قال سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، والزهرى ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، وأبو عبيد . وعن أحمد ما يدل على أن الطلاق لا يقع ، وكذلك العتاق . وهو قول طاووس ، والحكم ، وأبي حنيفة ، والشافعى ، لأنه علق على مشيئة لم يعلم وجودها ، فلم يقع كالألق على مشيئة زيد . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين ، فقال إن شاء الله لم يحنث » . رواه الترمذى ، وقال حديث حسن .

وأما ما روى أبو حمزة قال : سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . فهي طالق » . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبي بردة نحوه .

وروى ابن عمر وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا في كل شيء ، إلا في العتاق والطلاق . ذكره أبو الخطاب . وهذا نقل الإجماع . وإن قدر أنه قول بعضهم ولم يعلم له مخالف ، فهو إجماع ، ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق ، فلم يصح . كقوله : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، ولأنه استثناء حكمه في محل ، فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح . ولأنه إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله ، كما لو قال : أبرأتك إن شاء الله ، أو تعليق على مالا سبيل إلى علمه فأشبهه تعليقه على المستحيلات . والحديث لا حجة لهم^(١) فيه ، فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس بيمين حقيقة ، وإن سمي بذلك فجواز لا تترك الحقيقة من أجله ، ثم إن الطلاق إنما سمي يميناً إذا كان معلقاً على شرط يمكن تركه وفعله ، ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ، ولا مجازاً ، فلم يمكن الاستثناء بعد يمين ، وقولهم : علقه على مشيئة لا تعلم ، قلنا : قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الأدعى سببه . قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ولو سلمنا أنها لم تعلم ، لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات بلغوا ويقع الطلاق في الحال .

٥٩٠٤

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله . فمن أحمد فيه روايتان . إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ، ولا ينفعه الاستثناء ، لأن الطلاق والعتاق ليسا من الأيمان ، ولما ذكرناه في الفصل الأول .

والثانية : لا تطلق ، وهو قول أبي عبيد ، لأنه إذا علق الطلاق بشرط صار يميناً وحلفاً فصح الاستثناء

(١) على هامش ٢٠ ولا حجة لهم في الحديث . من نسخة أخرى .

فيه لعموم قوله عليه السلام^(١) « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحدث » وفارق ما إذا لم يعلقه ، فإنه ليس بيمين ، فلا يدخل في العموم .

(فصل)

٥٩٠٥

فإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت ، ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب ، لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم نعلم ، وإن قال : أنت طالق إن لم يشأ الله ، أو لم يشأ الله وقع أيضاً في الحال ، لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال ، فأنفت هذه الصفة ، ووقع الطلاق . ويحتمل ألا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال ، مثل قوله : أنت طالق إن جمعت بين الضدين ، أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، وإن قال : أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله . لم تطلق دخلت أو لم تدخل ، لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه ، وإن لم تدخل علمنا أن الله لم يشأه ، لأنه لو شاءه لوجد ، فإن ما شاء الله كان . وكذلك إن قال : أنت طالق لا تدخلن الدار إن شاء الله ، لما ذكرنا ، وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا في المنجز . وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول . ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق .

(فصل)

٥٩٠٦

فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق إن قتلت الميت أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على ما يستحيل عادة ، كقوله : إن طرت أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهباً ، أو شربت هذا النهر كله ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، ففيه وجهان .

أحدهما : يقع الطلاق في الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه في الحال . وفي الثاني ، فلم يصح كاستثناء الكل ، كما لو قالت : أنت طالق طالقة لا تقع عليك ، أو لا تنقص عدد طلائك .

والثاني : لا يقع ، لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال كقوله^(٢) :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار^(٣) كاللبن الحليب

(١) أخرجه الترمذي وابن ماجه عن ابن عمر (ف) .

(٢) البيت في حياة الحيوان للدميري ج ٢ ص ١٤٣ مع حكاية لطيفة فلتراجع (ف) .

(٣) القار : الزفت .

أى : لا آتيهم أبداً . وقيل : إن علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال ، لأنه لا وجود له ، فلم تعاق به الصفة ، وبقي مجرد الطلاق فوقه . وإن علقه على مستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع ، لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، فجاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده .

فأما إن عاق طلاقها على نفي فعل المستحيل ، فقال : أنت طالق إن لم تقتلى الميت ، أو تصمدى السماء ، طلق في الحال ، لأنه علقه على عدم ذلك^(١) ، وعدمه معلوم في الحال . وفي الثاني : وقوع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إن لم أبيع عبدي ، فبات العبد . وكذلك لو قال أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتلن الميت ، وقع الطلاق في الحال لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضي أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصمدن السماء ، أو ليطيرن ، فإنه لا يحث ، والصحيح أنه يحث ، فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حاث . قال الله تعالى : « وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ لَا يَبْعَثُ اللَّهُ مَنْ يَمُوتُ — إِلَى قَوْلِهِ — وَلَيَعْلَمَنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنَّهُمْ كَانُوا كَاذِبِينَ^(٢) » ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حث بذلك فلأن يحث بكونه ممتنعاً حال يمينه أولى .

(فصل)

٥٩٠٧

وإذا حلف لا شربت من هذا النهر فاغترف منه وشرب حث وإن حلف لا شربت من هذا الإناء فصب منه في إناء آخر وشرب وكان الإناء كبيراً لا يمكن الشرب به حث أيضاً ، وإن كان الشرب به ممكناً لم يحث ، لأن الإناء الصغير آلة للشرب ، فتصرف يمينه إلى الشرب به ، بخلاف النهر والإناء الكبير ، فإنه لا تصرف يمينه إلا إلى الشرب من مائه .

ولو حلف لا يشرب من بردى^(٣) ، فشرب من نهر يأخذ منه لم يحث ، وإن حلف لا يشرب من ماء بردى فشرب من نهر يأخذ منه حث . ذكر نحو ذلك القاضي ، لأن بردى اسم لمكان خاص ، فإذا تجاوزته إلى مكان سواه فشرب منه فما شرب من بردى . وإذا كانت يمينه على مائه ، فهاؤه ماؤه حيث كان ، وأين نقل ، ولذلك لو حلف لا يأكل من تمر البصرة ، فأكله في غيرها حث . وإن اغترف من بردى بآء ونقله إلى مكان آخر ، فشربه حث في المسألتين جميعاً ، لأن اغترف الماء من بردى . ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات لم يحث إلا بالشرب من ماء النهر المعروف بالفرات^(٤) . وإن حلف لا يشرب من ماء فرات حث بالشرب من كل ماء عذب لأنه إذا عرفه بلام التعريف انصرف ، إلى النهر المعروف ، وإذا نكره

(١) في المخطوطة ٢٠ : على عدم الفعل . (٢) سورة النحل آية ٣٨ ، ٣٩ .

(٣) بردى بفتح دال مفتحة نهر دمشق الأعظم (ف) . (٤) في المخطوطة ٢٠ وهامش ١٨ : نهر الفرات

صار للعموم ، فيتناول كل مايسمى فراتا ، وكل عذب فرات ، قال الله تعالى : «وَأَسْقَيْنَاكُمْ مَاءً فُرَاتًا»^(١) وقال « وَمَا يَسْتَوِي الْبَحْرَانِ هَذَا عَذْبٌ فَرَاتٌ [سائغ شرابه] وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ »^(٢) ، ومتى نوى يمينه المحتمل الآخر انصرف إليه ، ويقبل منه ذلك ، لأنه قرب لا تبعيد لإرادته .

(فصل)

٥٩٠٨

ولو حلف لا يشتمه ولا يكلمه في المسجد ، ففعل ذاك في المسجد والحلوف عليه في غيره حنث . وإن فعله في غير المسجد والحلوف عليه في المسجد لم يحنث . ولو حلف لا يضر به ولا يشجّه ولا يقتله في المسجد ، ففعله والحالف في المسجد والحلوف عليه في غيره لم يحنث . وإن كان الحالف في غير المسجد والحلوف عليه في المسجد حنث ، لأن الشتم والكلام قول يستقل به القائل ، فلا يعتبر فيه حضور المشتوم ، فيوجد من الشاتم في المسجد وإن لم يكن المشتوم فيه ، والكلام قول فهو كالشتم ، وسائر الأفعال المذكورة فعل متمم محل المضروب والمقتول والمشجوج ، فإذا كان محل في غير المسجد كان الفعل في غيره ، فيعتبر محل المفعول به ولو حلف ليقبله يوم الجمعة ، فجرحه يوم الخميس ، ومات يوم الجمعة ، فقال القاضي : لا يحنث . وإن جرحه يوم الجمعة فمات يوم السبت ، فقال : يحنث ، لأنه لا يكون مقتولا حتى يموت ، فاعتبر يوم موته لا يوم ضربه . ويتوجه أن يكون الحكم بالعكس في المسألتين ، فيعتبر يوم جرحه لا يوم موته ، لأن القتل فعل القاتل ولهذا يصح الأمر به والنهي عنه . قال الله تعالى : « فَاَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ »^(٣) « وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ »^(٤) . والأمر والنهي إنما يتوجه إلى فعل ممكن فعله وتركه ، وذلك فعل الآدمي من الجرح ونحوه . أما الزهوق ففعل الله ، لا يؤمر به ولا ينهى عنه ، ولا سبيل للآدمي إلا إلى تعاطي سببه وهو شرط في القتل ، فإذا وجد تبينا أن الفعل المنفص إلى كذا قتل ، ولذلك جاز تقديم الكفارة بعد الجرح ، وقبل الزهوق . ولو حلف لأقتله فمات من جرح كان جرحه لم يبر ، ولو حلف لا يقتله لم يحنث بذلك أيضا . ويحتمل ألا يبر حتى يوجد السبب والزهوق معا في يوم الجمعة ، لأن القتل لا يتم إلا بسببه وشرطه ، فأما بنسبته إلى الشرط وحده دون السبب فبعيد .

(فصل)

٥٩٠٩

إذا قال : من بشرتنى بقدم أخى فمى طالق ، فبشرته إحداهن وهى صادقة طلقت ، وإن كانت كاذبة لم

(١) سورة الرسائل آية ٢٧

(٢) سقط من النسخ المطبوعة [سائغ شرابه] وهى فى سورة فاطر آية ١٢ (ف) .

(٣) فى النسخ المطبوعة (اقتلوا) والصواب (فاقتلوا) بالفاء كما فى سورة التوبة آية ٥ (ف)

(٤) سورة الانعام آية ١٥١

تطلق، لأن التبشير خبر صدق يحصل به ما يغير البشارة من سرور أو غم : وإن أخبرته به أخرى لم تطلق ، لأن السرور إنما يحصل بالخبر الأول ، فإن كانت الأولى كاذبه والثانية صادقة طلقت الثانية ، لأن السرور إنما يحصل بخبرها ، فكان هو لبشاره . وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث ، أو الأربع في دفعة واحدة طلقن كلهن ، لأن « من » تقع على الواحد فما زاد ، قال الله تعالى « فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ . وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ^(١) » . وقال « وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنْ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ وَتَمَلَّ صَلَاحًا نُؤْتِيَهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ^(٢) » . ولو قال : من أخبرتنى بقدم أخى فهى طالق ، فقال القاضى : هو كالبشارة ، لا تطلق إلا الخبر الأول الصادقة دون غيرها ، لأن مراده خبر يحصل له به العلم بقدمه ، ولا يحصل ذلك بكذب ، ولا يغير الأول . ويحتمل أن تطلق كل مخبرة صادقة كانت أو كاذبة أولا كان أو غيره لأن الخبر يكون صدقا كذبا ، أولا ومكررا ، وهو اختيار أبى الخطاب والأول قول القاضى ومذهب الشافعى على نحو هذا التفصيل .

(فصل — ل)

٥٩١٠

وإن قال : أول من تقوم منكن فهى طالق ، أو قال لعبيده : أول من قام منكم فهو حر ، فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق ، لأنه لا أول فيهم . وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين . أحدهما يقع : الطلاق والعتق ، لأن الأول ما لم يسبقه شيء ، وهذا كذلك . والثانى : لا يقع طلاق ولا عتق ، لأن الأول ما كان بعده شيء ، ولم يوجد . فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى يقين من قيام أحد منهم بعده ، فتتجمل يمينه وإن قام اثنتان أو ثلاثة دفعة واحدة ، وقام بعدهم آخر ، وقع الطلاق والعتق بالجماعة الذين قاموا فى الأول ، لأن الأول يقع على الكثير والقليل ، قال الله تعالى : « وَلَا تَكُونُوا أُولَٰ كَافِرِينَ ^(٣) » .

وحكى عن القاضى فيمن قال . أول من يدخل من عبيدى فهو حر ، فدخل اثنتان دفعة واحدة ، ثم دخل بعدهما ثالث ^(٤) لم يعتق واحد منهم ، وهذا بعيد ، فإنهم قد دخل بعضهم بعد بعض ، ولا أول فيهم ، وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال : أول من يدخل منكم وحده ، ولم يدخل بعد الثالث أحد ، فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق الثالث ، لكونه أول من دخل ، وحده ، وإذا لم يقل : وحده ، فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا . وقال النبى صلى الله عليه وسلم ^(٥) « أول من يدخل الجنة قراء المهاجرين » .

(٢) سورة الأحزاب آية ٣١
(٤) فى المخطوطة ٢٠ : ٣٩ آخر .

(١) سورة الزلزلة آية ٨ و٧
(٣) سورة البقرة آية ٤١

(٥) بمعناه حديث رواه الترمذى عن عطية بن أبى سعيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه : قراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم بخمسمائة سنة « ج ٩ ص ٩١٩ بشرح ابن العربى .

ولو قال : آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق ، فدخل بعضهم لم يحكم بطلاق واحدة منهم حتى يتبين من دخول غيرها بموته ، أو موتهن ، أو غير ذلك ، فيقبن وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق .

(فصل)

٥٩١١

وإذا حلف يميناً على فعل بلفظ عام ، وأراد به شيئاً خاصاً ، مثل أن حلف أن لا يغتسل الليلة ، وأراد الجنابة أو لا قربت لى فراشاً ، وأراد ترك جماعها أو قال : إن تزوجت فمعدى حر ، وأراد امرأة معينة ، أو قال : إن دخل إلى رجل أو قال : أحد فامرأتى طالق ، وأراد رجلاً بعينه أو حلف لا يأكل خبزاً يريد خبز البر ، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان ، أو قال : إن خرجت فأنت طالق ، يريد الخروج إلى الحمام ، أو قال : إن مشيت وأراد استطلاق البطن : فإن ذلك يسمى مشياً ، قال النبي صلى الله عليه وسلم . لامرأته^(١) « ثم تستمشين » ويقال شربت مشياً ومشوا ، إذا شرب دواء يمشيه ، فإن يمينه في ذلك على ما نواه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين .

قال أحمد في الظاهر فيمن قال لامرأته : إن قربت لى فراشاً^(٢) فأنت على كظهر أمي ، فجاءت فقامت على فراشه ، فقال : أردت الجماع لا يلزمه شيء وقال الشافعي ومحمد بن الحسن : لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله ، لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فقبل ، كما لو قال : أنت طالق أنت طالق ، وقال أردت بالثانية التوكيد

﴿مسألة﴾

٥٩١٢

وإن حلف يميناً عامة لسبب خاص وله نية حمل عليها ، وبقبل قوله في الحكم ، لأن السبب دليل على صدقه ، وإن لم ينو شيئاً . فقد روى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب ، وذكره الخرقى فقال : فإن لم يكن له نية رجوع إلى سبب اليمين وما هيجهما ، فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب ، وهذا قول أصحاب أبي حنيفة .

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم ، فإنه قال فيمن قال : لله على أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه ، فتغير حاله ، فقال الذنريوفي به ، وذلك لأن اللفظ دليل الحكم : فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم ، كما في لفظ للشارع .

(١) عن أسماء بنت عميس قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . بماذا كنت تستمشين ؟ قالت بالشبرم ..

أخرجه ابن ماجه والترمذي ومعنى بم تستمشين ؟ بم تسهلين بطنك ؟ (ف) (٢) في المخطوطة : ٢٠ فراشي .

ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص - ويقوم مقام النية عند عدمها ، لدلالته عليها ، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية ، وفارق لفظ الشارع ، فإنه يريد بيان الأحكام ، فلا يختص بمحل السبب ، لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب . فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، أو دعاه لإنسان إلى غذائه فقال : امرأتى طالق إن تغدبت ، ثم رجع فتغدى في منزله لم يحث على الأول ، ويحث على الثانى ، وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه ، أو حلف بذلك على امرأته ، أو مملوكه ، فمزل العامل ، وطلق المرأة ، أو حلف على وكيل فمزله خرج في ذلك كله وجهان .

(فصل)

٥٩١٣

وإن قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق ، فدخلها هو ، أو قال لإنسان : إن دخل دارك أحد فمبدى حر ، فدخلها صاحبها ، فقال القاضى : لا يحث ، لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ، ويمنع من سواه ، فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً ويحتمل أن يحث أخذاً بعموم اللفظ وإعراضاً عن السبب كما فى التى قبلها .

(فصل)

٥٩١٤

وإذا قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق ، انصرفت يمينه إلى جماعها ، وقال محمد بن الحسن : يمينه على الوطء بالتقدم ، لأنه الحقيقة ، وحكى عنه أنه إن قال : أردت به الجماع ، لم يقبل فى الحكم .

ولنا : أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع ، فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم ^(١) «لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضه» . فيجب حمله عند الإطلاق عليه كسائر الأسماء العرفية ، من الظعينة ، والراوية ، وأشباهها . ولا يحث حتى تغيب الحشفة فى الفرج . وإن حلف ليجماعها أو لا يجماعها أولاً يجماعها انصرف إلى الوطء فى الفرج ولم يحث بالجماع دون الفرج وإن أنزل ، لأن مبنى الأيمان على العرف ، والعرف ما قلناه .

وإن حلف لافتضضتك ، فافتضضها بإصبع لم يحث ، لأن العمود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر . وإن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ، لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه ، وإن كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين . فهو على وطئها ، لأن قرينة الحال صارقة عن العقد عليها ، لكونها معقوداً عليها .

(١) سبق تخريجه قريباً (ف)

٥٩١٥

(فصل)

وإن قال : إن أمرتك بخالفته فأنت طالق ثم نهاها فخالفته . فقال أبو بكر لا يحنث وهو قول الشافعي لأنها خالفت نهيه لا أمره ، وقال أبو الخطاب : يحنث إذا قصد ألا تخالفه ، أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي ، لأنه إذا كان كذلك فإنما يريد نفي المخالفة ، ويحتمل أن تطلق بكل حال ، لأن الأمر بالشئ نهى عن ضده ، والنهي عنه أمر بضده ، فقد خالفت أمره . وإن قال لها : إن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق ، فقالت له : لا تعطيهما من مالي شيئاً ، لم يحنث ، لأن إعطاءها من مالها لا يجوز ، ولا يجوز النفع به ، فيكون هذا النفع محرماً ، فلا يتناول به يمينه . ويحتمل أن يحنث ، لأنه نفع ، ولفظه عام ، فيدخل المحرم فيه .

٥٩١٦

(فصل)

فإن قال لامرأته : إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت ، سواء عدت إلى الحمام أو لم تعدل . وإن خرجت إلى الحمام ثم عدت إلى غيره ، فقياس المذهب : أنه يحنث . لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام ، فكيفما صارت إليه حنت ، كما لو خالفت لفظه ، ويحتمل ألا يحنث . وهو قول الشافعي ، لأنها لم تفعل ما حلف عليه ، ويتناول لفظه ، وإن خرجت إلى الحمام وغيره وجهتهما في القصد ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث ، لأنها خرجت إلى غير الحمام ، وانضم إليه غيره ، فحنث بما حلف عليه ، كما لو حلف لا يكلم زيداً وعمراً .

الثاني : لا يحنث ، لأنها ما خرجت إلى غير الحمام ، بل الخروج مشترك ، ونقل الفضل بن زياد ، عن أحمد ، أنه سئل : إذا حلف بالطلاق ألا يخرج من بغداد إلا لنزهة ، فخرج إلى النزهة ثم سر إلى مكة . فقال : النزهة لا تكون إلى مكة ، فظاهر هذا أنه أحسنه ، ووجهه ما تقدم . وقال في رجل حلف بالطلاق ألا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته ، فقالت امرأته : اذهب حيث شئت : فقال : لا ، حتى تقول لي أرمينية . والصحيح أنه متى أذنت له أذنًا عاماً لم يحنث . قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكرهية : ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذناً منها ، وله الخروج وإن كان بلفظ عام .

٥٩١٧

(فصل)

فإن حلف ليرحلن من هذه الدار ، أو ليخرجن من هذه المدينة ، ففعل ثم عاد إليها ، لم يحنث ، إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها ، لأن الحلف على الخروج والرحيل ، وقد فعلهما . وقد نقل عنه إسماعيل بن سميد : إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد ، فخرج ثم رجع ، قد مضت (م ٦٠ — المقتنى — ساب)

يمينه^(١) ، لا شيء عليه . ونقل عنه مثني بن جامع فيمن قال لامرأته : أنت طالق إن لم ترحل من هذه الدار إن لم يدركه الموت ، ولم ينو شيئاً : هي إلى أن يموت ، فإن رحل لم يرجع . ومعنى هذا أنه إن أدركه الموت قبل إمكان الرحيل لم يحنث ، وإن أمكنه الرحيل فلم يفعل لم يحنث حتى يموت أحدهما . فيقع بها الطلاق في آخر أوقات الإمكان ، وأما قوله : إن رحل لم يرجع ، فمحمول على من كان ليمينه سبب يقتضى هجران الدار على الدوام . ونقل مهنا في رجل قال لامرأته : إن وهبت كذا فأنت طالق ، فإذا هي قد وهبت . قال : أخاف أن يكون قد حنث . قال القاضي : هذا محمول على أنه قال : إن كنت وهبته ، وإلا فلا يحنث حتى تبتدى هيبته ، لأن اليمين تقتضى فعلاً مستقبلاً يحنث به ، وما فعلت ما حلف عليه بعد يمينه . ونقل عنه أيضاً في رجل قال لامرأته : إن رأيتك تدخلين الدار فأنت طالق ، فهو على نيته ، إن أراد ألا تدخلها حنث ، وإن كان نوى إذا رآها لم يحنث حتى يراها تدخل ، وهو كما قال ، فإن مبنى اليمين على النيات ، سيما والرؤية تطلق على العلم ، كقول الله تعالى : « أَلَمْ تَرَ كَيْفَ فَعَلَ رَبُّكَ بِقَادِ »^(٢) ونحوه ، ومتى لم تكن له نية ولا سبب هناك يدل على إرادته مع الدخول بمجرد لم يحنث حتى يراها تدخل الدار ، لأنه الذي تناوله لفظه . ونقل عنه المروذى^(٣) في رجل أقرض رجلاً دراهم ، فخاف ألا يقبلها ، وكان الرجل ميتاً : تعطى الورثة بمعنى إذا مات الخالف يوفى الورثة ، ولا يبرأ بيمينه ، لأنها ليست إبراء ، فلا يسهط الحق بها .

(فصل)

٥٩١٨

ولو قال : امرأتى طالق إن كنت أملك إلا مائة ، وكان يملك أكثر من مائة أو أقل حنث ، فإن نوى أنى لا أملك أكثر من مائة لم يحنث بملك ما دونها ، وإن قال : إن كنت أملك أكثر من مائة فامرأتى طالق ، وكان يملك أقل من المائة لم يحنث ، لأنه صادق .

(فصل)

٥٩١٩

فإن قال لامرأته : يا طالق ، أنت طالق إن دخلت الدار ، طلقت واحدة بقوله يا طالق ، وبقيت أخرى معلقة بدخول الدار . ولو قال : أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن دخلت الدار . فإن كانت له نية يرجع إليها ، وإلا وقعت واحدة بالفساء . وبقيت الثلاث معاقبة على دخول الدار . وكذا لو قال : أنت طالق يا زانية إن دخلت الدار . وعاد الشرط إلى الطلاق دون القذف . وقال محمد بن الحسن : يرجع الشرط إليهما في المسألتين ، فلا يقع بها في الحال شيء . والأولى أن يرجع الشرط إلى الخبر الذي يصح فيه التصديق

(٢) سورة الفجر آية ٦

(١) في المخطوطة ٢٠ : فقد بر في يمينه .

والتكذيب ، وجرت العادة بتعليقه بالشرط ، بخلاف النداء والقذف الذى لا يوجد ذلك فيه .

(فصل)

٥٩٢٠

فإن قال لامرأته : أنت طالق مريضة بالنصب ، أو الرفيع ، ونوى به وصفها بالمرض فى الحال ، طلقت فى الحال . وإن نوى به أنت طالق فى حال مرضك ، لم تطلق حتى تمرض . لأن هذا حال ، والحال مفعول فيه كالظرف ، ويكون الرفع لحفاً ، لأن الحال منصوب . وإن أطلق ونصب انصرف إلى الحال ، لأن مريضة اسم نسكرة جاء بعد تمام الكلام وصفاً لمعرفة فيكون حالاً . وإن رُفِعَ فالأولى وقوع الطلاق فى الحال ويكون ذلك وصفاً لطلاق الذى هو خبر للمبتدأ ، وإن أسكن احتمل وجهين :

أحدهما : وقوع الطلاق فى الحال ، لأن قوله : أنت طالق ، يقتضى وقوع الطلاق فى الحال ، فقد تيقنا وجود المقتضى ، وشككنا فيما يمنع حكمه فلا نزول عن اليقين بالشك .

والثانى : لا يقع إلا فى حال مرضها ، لأن ذكره للمرض فى سياق الطلاق يدل على تعلية به ، وتأثيره فيه ، ولا يؤثر فيه إلا اذا كان حالاً .

﴿مسألة﴾

٥٩٢١

قال : ﴿ وإذا قال : أنت طالق إذا قدم فلان ، فقدم به ميتاً أو مكرهاً لم تطلق ﴾

أما إذا قدم ميتاً أو مكرهاً محمولا فلا تطلق ، لأنه لم يقدم ، إنما قَدِمَ به ، وهذا قول الشافعى . ونقل عن أبى بكر : أنه يحتمل ، لأن الفعل ينسب إليه ، ولذلك يقال : دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ، ولو قال : أنت طالق إذا دخل الطعام البلد ، طلقت إذا حُلَّ إليه .

وانا : أن الفعل ليس منه ، والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازاً^(١) ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن . وأما الطعام فلا يمكن وجوده الفعل منه حقيقة ، فتعين حمل الدخول فيه على مجازة ، وأما إن قدم بنفسه لإكراه فعلى قول الخرق لا يحتمل ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وقال أبو بكر : يحتمل ، وحكاه عن أحمد ، لأن الفعل منه حقيقة ، وينسب إليه قال الله تعالى : « وَسَيَقَ الَّذِينَ كَفَرُوا إِلَى جَهَنَّمَ زُجْرًا حَتَّى إِذَا جَاءُوهَا^(٢) » . ويصح أمر المسكرة بالفعل . قال الله تعالى : « أُدْخِلُوا أَبْوَابَ جَهَنَّمَ^(٣) » . ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره .

ووجه الأول : أنه بالإكراه زال اختياره ، فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق منه مكرهاً ، وهذا فيما إذا أطلق . وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ، وتقيدها بها .

(١) هامش ١٨ : على المجاز : من نسخة أخرى . (٢) سورة الزمر آية ٧١ .

(٣) سورة الزمر : آية ٧٢ .

(فصل)

٥٩٢٢

وإن قدم مختاراً حنث الحالف ، سواء علم القادم باليمين أو جهلها . قال أبو بكر الخلال : يقع الطلاق قولاً واحداً . وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان القادم ممن لا يمتنع من القدوم بيمينه كالسلطان ، والحاج ، والرجل الأجنبي ، حنث الحالف ، ولا يعتبر علمه ولا جهله . وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم ، كقراءة لهما أو لأحدهما ، فجهل اليمين أو نسيها ، فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله ناسياً أو جاهلاً . وفي ذلك روايتان ، كذلك ههنا . وذلك لأنه إذا لم يكن ممن تمتعه اليمين كان تسليقاً للطلاق على صفة ، ولم يكن يميناً ، فأشبهه ما لو علفه على طلوع الشمس . وإن كان ممن يمتنع كان يميناً ، فيعذر فيها بالنسيان والجهل . ويذهبى أن تعتبر على هذا القول نية الحالف ، وقرائن أحواله الدالة على قصده . فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يميناً ، وإن كان قصده جعله صفة في طلاقها مطلقاً لم يكن يميناً ، ويستوى فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجفونه وإفاقته ، مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرماً ، ولا يطلقها وحدها ، وتعتبر قرائن الأحوال . ففى علق اليمين على قدوم غائب بعيد يعلم أنه لا يعلم اليمين ، ولا يمتنع بها ، أو على فعل صغير أو مجنون ، أو ممن لا يمتنع بها ، لم تكن يميناً ، وإن علق ذلك على فعل حاضر يعلم بيمينه ويمتنع لأجلها عن فعل ما علق الطلاق عليه كان يميناً . ومتى أشكلت الحال فينبغى أن يقع الطلاق ، لأن لفظه يقتضى وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم ، وإنما ينصرف عن ذلك بدليل ، ففى شكنا فى الدليل التخصص وجب العمل بمقتضى العموم .

(فصل)

٥٩٢٣

فإذا قال : إن زكت هذا الصبي يخرج فأنت طالق ، فانفث [منها] الصبي بغير اختيارها فخرج ، فإذا كان نوى ألا يخرج فقد حنث ، وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن اختيار منها ، فكانت كالذكره إذ لم يمكنها حفظه ومنعه . وإن نوى فعله فقد وجد وحنث ، وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها ، لأنه الذى تناوله لفظه ، فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

(فصل)

٥٩٢٤

فإن حلف لا تأخذ حقت منى ، فأكره على دفعه إليه ، وأخذته منه قهراً حنث ، لأن الخلوفاً عليه فعل الأخذ ، وقد أخذه مختاراً ، وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم . وإن وضعه الحالف فى حجره أو بين يديه ، أو إلى جنبه ، فلم يأخذه لم يحنث ، لأن الأخذ ما وجد . وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى المستحق فأخذه ، فقال القاضى : لا يحنث ،

وهو مذهب الشافعي ، لأنه ما أخذه منه . وإن قال : لا تأخذ حثك على حث ، لأنه قد أخذ حقه الذي عليه ، والمنصوص عن أحمد أنه يحث في الصورتين ، قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه ، لأن الأيمان عنده على الأسباب لاهل الأسماء ، ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان أخذ الحقه منه عرفا ، وبسعى أخذا . قال الله تعالى : « وَأَخْذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا »^(١) وقال : « وَلَقَدْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَبَعَثْنَا مِنْهُمُ اثْنَيْ عَشَرَ نَقِيبًا »^(٢) .

وإن كانت اليمين من صاحب الحق ، فحلف لا أخذت حق منك ، فالتفريع فيها كالتي قبلها . فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ، ثم دفع الخرج إلى الخالف ، فأخذه ولم يعلم أنها فيه ، لم يحث ، لأن هذا ليس بمعدود أخذا ، ولا يبرأ به الغريم منها ، فإن كانت اليمين : لا أعطيتك حثك ، فأخذه الحاكم منه كرها فدفعه إلى الغريم لم يحث . وإن أكرهه على دفعه إليه فدفعه خرج على الوجهين في المكروه . وإن أعطاه باختياره حث . وإن وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حث ، لأنه أعطاه . وإن دفعه إلى الحاكم اختياراً ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره ، فدفعه إلى الغريم حث . وقال القاضي لا يحث ، وقياس المذهب : أنه يحث ، لأنه أوصله إليه مختاراً ، فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله ، فأعطاه إياه ، ولأن الأيمان على الأسباب لا على الأسماء ، على ما ذكرناه فيما مضى .

(فصل)

٥٩٢٥

فإن قال : إن رأيت أباك فأنت طالق ، فرأته ميتاً ، أو نائماً ، أو مضى عليه ، أو رأته من خلف زجاج ، أو جسم شفاف ، طلقت ، لأنها رأته . وإن رأت خياله في ماء أو مرآة أو صورته على حائط أو غيره لم تطلق ، لأنها لم تره ، وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين .

﴿مسألة﴾

٥٩٢٦

قال ﴿ وإذا قال لمدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، لزمه تطليقتان إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى ، فتلزمه واحدة . وإن كانت غير مدخول بها بانتهى بالأولى ، ولم يلزمها ما بعدها ، لأنه ابتداء كلام ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق مرتين ، ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية ، وقعت بها طليقتان بلا خلاف ، وإن نوى بها إفهامها : أن الأولى قد وقعت بها ، أو التأكيد ، لم تطلق إلا واحدة ، وإن لم تكن له نية وقع طليقتان ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وهو الصحيح من قولي

(٢) سورة النساء : آية ١٥٤ .

(١) سورة المائدة : آية ١٢ .

الشافعى . وقال فى الآخر : تطلق واحدة ، لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ، ويحتمل الإيقاع فلا توقع طلاق بالشك .

ولنا : أن هذا اللفظ للإيقاع ، ويقتضى الوقوع بدليل مالم لم يتقدمه مثله ، وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام ، فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه ، كما يجب العمل بالعموم فى العام إذا لم يوجد الخاص ، وبالإطلاق فى المطلق إذا لم يوجد للقييد .

فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا طلاق واحدة ، سواء نوى الإيقاع أو غيره ، وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا ، وهذا قول أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ، وعكرمة ، والنخعى ، ومحمد بن أبى سليمان ، والحكم ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبى عبيد ، وابن المنذر^(١) وذكره الحكم ، عن على ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود . وقال مالك والأوزاعى ، والليث ، يقع بها تطليقتان . وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا ، لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل ، أشبه قوله : أنت طالق ثلاثا . ولنا : أنه طلاق مفرق فى غير المدخول بها ، فلم تقع الأولى كما لو فرق كلامه ، ولأن غير المدخول بها تبين بطلانها ، لأنه لا عدة عليها ، فتصادفها الطلقة الثانية باثنا ، فلم يمكن وقوع الطلاق بها ، لأنها غير زوجة ، وإنما تطلق الزوجة ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ، ولا نعلم لهم مخالفا فى عصرهم . فيكون إجماعا .

(فصل)

٥٩٢٧

فإن قال : أنت طالق ثم مضى زمن طويل ، ثم أعاد ذلك المدخول بها طلقت ثانية ، ولم يقبل قوله : نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام ، فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل .

(فصل)

٥٩٢٨

وكل طلاق يترتب فى الوقوع ، ويأتى بعضه بعد بعض ، لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلاق واحدة لما ذكرناه ، ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها مثل قوله : أنت طالق فطالق ، أو : أنت طالق ثم طالق ثم طالق . أو : أنت طالق ثم طالق وطاق . أو : فطالق ، وأشبه ذلك لأن هذه حروف تقتضى الترتيب ، فتقع بها الأولى فتبئىها ، فتأتى الثانية فتصادفها باثنا غير زوجة ، فلا تقع بها . وأما المدخول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع ، وكذلك الثالثة ، وكذلك لو قال : أنت طالق بل طالق وطاق ، وذكره أبو الخطاب .

ولو قال : أنت طالق طلاق قبل طلاق ، أو بعد طلاق ، أو بعدها طلاق ، أو طلاق فطلاق ، أو طلاق مم طلاق ، وقع بغير المدخول بها طلقتان ، لما ذكرنا من أن هذا يقتضى طلاق بعد طلاق .

(١) حدث تقديم وتأخير فى الأسماء فى ١٨ .

٥٩٢٩

(فصل)

وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، فكذلك . وذكره القاضى . وهذا ظاهر مذهب الشافعى . وقال بعضهم : لا يقع بنير المدخول بها شيء ، بناء على قولهم فى المسألة السريجية ، وقال أبو بكر : يقع طلقتان ، وهو قول أبى حنيفة ، لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، ف وقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه ، لكونه زمنا ماضيا ، وجب إيقاعها فى أقرب الأزمنة إليه ، وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه ، وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد ، مع إمكان القريب .

ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض ، فلم يقع بنير المدخول بها جميعه ، كما لو قال : طلقة بعد طلقة . ولا يمنع أن يقع المتأخر فى لفظه متقدما ، كما لو قال : طلقة بعد طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم ، ولو قال : جاء زيد بعد عمرو ، أو جاء زيد وقبله عمرو ، أو أعط زيدا بعد عمرو ، كانت كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده ، وليس هذا طلاقا فى زمن ماض ، وإنما يقع إيقاعه فى المستقبل مرتبا على الوجه الذى رتبته ، ولو قدر أن إحداها موقعة فى زمن ماض لا يمنع وقوعها وحدها ، ووقعت الأخرى وحدها ، وهذا تعليل القاضى ، لكونه لا يقع إلا واحدة ، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى .

٥٩٣٠

(فصل)

فإن قال : أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان ، وإن قال معها اثنتان وقع بها ثلاث فى قياس المذهب ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وقال أبو يوسف : يقع طلقة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء .

ولنا : أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضى وقوعهن معا ، فوقعن كلهن ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا . ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة ، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به ، إذ لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ، ولاصح وصفه بالثلاث ، ولا بغيرها ، وكذلك الحكم لو قال : إذا طلقته فأنت طالق معها طلقة ، ثم قال : أنت طالق ، فإنها تطلق طلقتين ، لما ذكرنا .

٥٩٣١

(فصل)

فإن قال : أنت طالق طلقة بعدها طلقة ، ثم قال : أردت أنى أوقع بعدها طلقة دين . وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين . وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ، وقال أردت أنى طلقته قبل هذا فى

نكاح آخر ، أو أن زوجاً قبلي طلقها ، دين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على ثلاثة أوجه . أحدها : يقبل . والآخر لا يقبل . والثالث يقبل إن كان وجد ، وإن لم يكن وجد لم يقبل ، والصحيح أنه إذا لم يكن وجد لا يقبل ، لأنه لا يحتمل ما قاله .

(فصل)

٥٩٣٢

فإن قال : أنت طالق طالق طالق ، وقال : أردت التوكيد قبيل منه ، لأن الكلام يكرر للتوكيد ، كقوله عليه السلام : « فنكاحها باطل باطل باطل » . وإن قصد الإيقاع وكرر الطلقات طلقت ثلاثاً . وإن لم ينو شيئاً لم يقع إلا واحدة ، لأنه لم يأت بينهما بحرف يقتضى المغايرة ، فلا يمكن متغايرات ، وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق ، وقال : أردت بالثانية التأكيد لم يقبل ، لأنه غير بينها وبين الأولى بحرف يقتضى العطف والمغايرة ، وهذا يمنع التأكيد ، وأما الثانية فهي كالثانية في لفظها ، فإن قال : أردت بها التوكيد دين . وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين .

إحدهما : يقبل ، وهي مذهب الشافعي ، لأنه كرر لفظ الطلاق مثل الأول ، فقبل تفسيره بالتأكيد ، كما لو قال : أنت طالق أنت طالق .

والثانية : لا يقبل ، لأن حرف العطف للمغايرة ، فلا يقبل ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية .

ولو قال : أنت طالق فطالق فطالق ، أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو . وإن غير بين الحروف فقال : أنت طالق وطالق ، ثم طالق ، أو طالق ثم طالق وطالق . أو طالق وطالق فطالق . ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها إرادة التوكيد ، لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها ، مخالفة لها في لفظها ، والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته .

(فصل)

٥٩٣٣

ولو قال : أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة . وقال : أردت التوكيد بالثانية والثالثة قبيل ، لأنه لم يباير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ ، بل أعاد اللفظة بمعناها ، ومثل هذا يعاد توكيداً ، وإن قال : أنت مطلقة ومسرحة ومفارقة ، وقال : أردت التوكيد احتتمل أن يقبل منه ، لأن اللفظ المختلف بعطف بعضه على بعض توكيداً ، كقوله :

* فأننى قولها كذباً وميناً *

ويحتمل ألا يقبل لأن الواو تقتضى المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٤٣

وإذا قال (غير مدخول بها) أنت طالق وطالق وطالق ، لزمه الثلاث ، لأنه نسق ، وهو مثل قوله : أنت طالق ثلاثاً

وبهذا قال مالك ، والأوزاعي ، والليث ، وربيعه ، وابن أبي ليلى ، وحكى عن الشافعى فى القديم مايدل عليه . وقال الثورى : وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقا .

ولنا : أن الواو تقتضى الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعا للثلاث جميعاً فيقعن عليها ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً ، أو طاقه معها طلقتان ، ويفارق ما إذا فرقا ، فإنها لا تقع جميعاً ، وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضى الترتيب ، فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه ، وهذا لا تقع الأولى حين نطقه بها ، حتى يتم كلامه ، بدليل أنه لو أحقه استثناء أو شرطاً أو صفة لحق به ، ولم يقع الأول مطلقاً . ولو كان يقع حين تلفظه لم يلحقه شيء من ذلك . وإذا ثبت أنه يقع وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذى اقتضاه لفظه . ولفظه يقتضى وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات ، وهو معنى قول الخرقى : لأنه نسق ، أى غير مفترق .

فإن قيل : إنما وقف أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء ، لأنه مغير له والمطاف لا يغير ، فلا يقع عليه ، ونبين أنه وقع أول ما لفظ به ، ولذلك لو قال لها : أنت طالق أنت طالق ، لم يقع إلا واحدة . قلنا : ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير ، إما بما يخصه بزمان أو يقيد به كالشرط ، وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء ، وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد ، وأشياء هذا ، فيجب أن يكون واقعاً ، ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال ، لأنه لو قال لها : أنت طالق ثلاثاً فوقمت بها طلاقه قبل قوله ثلاثاً ، لم يمكن أن يقع بها شيء آخر .

وأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق ، فهاتان جملتان لا تتعاقب إحداها بالأخرى ، ولو تعقب إحداها شرط أو استثناء أو صفة لم يذلول الأخرى ، ولا وجه لوقوف إحداها على الأخرى ، والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع ، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أنت طالق فإنها جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها .

(فصل)

٥٩٣٥

فإن قال : أنت طالق طلقتين ونصفاً فهي عندنا كالتى قبلها ، يقع الثلاث ، وقال مخالفونا يقع طلقتان . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وكرر ذلك ثلاثاً ، فدخلت طلقت ثلاثاً فى قول الجميع ، لأن الصفة وجدت ، فافتضى [ذلك] وقوع الثلاث دفعة واحدة . وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطاقق وطاقق ، فدخلت الدار طلقت ثلاثاً . وبه قول أبو يوسف ، ومحمد ، وأصحاب الشافعى فى أحد

الوجهين . وقال أبو حنيفة : يقع واحدة ، لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته ، ولو أوقعه كذلك لم يقع إلا واحدة .

ولنا : أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات^(١) فوق الثلاث كالتى قبلها ، وإن قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان ، فدخلت ، طلقت ثلاثاً ، وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعى ولم يحك عنهم فيه خلافاً .

(فصل)

٥٩٣٦

وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار ، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق ، أو إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ، ولم يقع غيرها . وبهذا قال الشافعى ، وذهب القاضى إلى أنها تطلق في الحال واحدة تبين بها وهو قول أبو حنيفة في الصورة الأولى ، لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها ، لأنها لهمة ، فتكون الأولى موقوفة والثانية معلقة بالشرط ، وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث ، لأن دخول الدار شرط لثلاث فوقعت كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق .

ولنا : أن « ثم » للعطف ، وفيها ترتيب ، فعملت التعليلات كلها بالدخول ، لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ، ويجب الترتيب فيها ، كما يجب لو لم يملقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكرناه ، ولأن الأولى تلى الشرط فلم يحز وقوعها بدونه ، كما لو لم يعطف عليها ، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء ، فلم يحز تقديمها عليه كسائر نظائره ، ولأنه لو قال : إن دخل زيد دارى فأعطه درهماً لم يحز أن يعطيه قبل دخوله ، فكذا همنا وما ذكرناه تحكم ليس له شاهد في اللغة ، ولا أصل في الشرع .

(فصل)

٥٩٣٧

وإن قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار . فتقع بها الثلاث . وبهذا قال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وذهب القاضى إلى وقوع طلقتين في الحال ، وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد ، فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ، ويعلق به ما يبعد عنه دون ما يليه ، ويجعل جزاء ما لم توجد فيه الفاء التى يجازى بها دون ما وجدت فيه « تحكما لا يعرف عليه دأيل ، ولا نعلم له نظيراً ، وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثاً في قولهم جميعاً .

(١) في المخطوطة ٢٠ غير مرتبة .

٥٩٣٨

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا طلق ثلاثاً وهو بنوى واحدة فهي ثلاث ﴾

وجملة ذلك : أن الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن نوى واحدة ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن اللفظ صريح في الثلاث والنية لا تعارض الصريح ، لأنها أضعف من اللفظ ، ولذلك لا نعمل بمجردا ، والصريح قوى يعمل بمجرد من غير نية ، فلا يعارض القوى بالضعيف ، كما لا يعارض النص بالقياس ، ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته ، والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى مالا يحتمله ، فلا يصح كما لو قال له ، على ثلاثة دراهم ، وقال أردت واحداً

٥٩٣٩

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإن طاق واحدة وهو بنوى ثلاثاً فهي واحدة ﴾

أما إذا قال أنت طالق واحدة ونوى الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها ، فإذا نوى ثلاثاً فقد نوى مالا يحتمله لفظه ، فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ، وبمجرد النية لا يقع بها^(١) طلاق . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يقع ثلاث^(٢) لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان : وهذا فاسد فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ، ولا يحتمله ، فنيته فيه نية مجردة ، فلا تعمل ، كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وأما إذا قال أنت طالق ونوى ثلاثاً فهذا فيه روايتان .

إحداها : لا يقع إلا واحدة ، وهو قول الحسن ، وعمر^(٣) بن دينار ، والثوري والأوزاعي ، وأصحاب الرأي ، لأن هذا اللفظ لا يتضمن عدداً ولا يبدونه ، فلم تقع به الثلاث كما لو قال : أنت طالق واحدة ، بيانه أن قوله أنت طالق إخبار عن صفة هي عليها ، فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر .

والرواية الثانية : إذا نوى ثلاثاً وقع الثلاث ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، لأنه لفظ لو قرن به لفظ اثلاث كان ثلاثاً ، فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثاً كالكنائيات ، ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله ، فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثاً ، ولأن قوله طالق اسم فاعل ، واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل ، والمصدر يقع على القليل والكثير وفارق قوله : أنت حائض وطاهر ، لأن الحيض والطهر لا يمكن تمده في حقها ، والطلاق يمكن تمده .

٥٩٤٠

(فصل)

فإن قال : أنت طالق طلاقاً ونوى ثلاثاً وقع ، لأنه صرح بالمصدر ، والمصدر يقع على القليل والكثير ،

(١) في المخطوطة ٢٠ و ٣٩ : به (٢) في المخطوطة ٢٠ ثلاثا (٣) في المخطوطة ٢٠ عمر . خطأ .

فقد نوى بلفظه ما يحتمله ، وإن نوى واحدة فهي واحدة ، وإن أطلق فهي واحدة لأنه اليقين ، وإن قال : أنت طالق الطلاق وقع ما نواه ، وإن لم ينو شيئا فحكي فيها القاضي روايتين .

إحداها : يقع الثلاث ، نص عليها أحمد في رواية مهنا ، لأن الألف واللام للاستغراق ، فيقتضى استغراق الكل ، وهو ثلاث .

والثانية : أنها واحدة ، لأنه يحتمل أن تعود الألف واللام إلى معهود يربط الطلاق الذي أوقعته ، ولأن اللام في أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيراً ، كقوله : ومن أكره على الطلاق — وإذا عقل الصبي الطلاق — واغتسلت بالماء — وتيممت بالتراب — وقرأت العلم والحديث والفقه — هذا مما يراد به ذلك الجنس ، ولا يفهم منه الاستغراق ، فبعد ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه . وهكذا لو قال لامرأته : أنت الطلاق ، فإن أحمد قال : إن أراد ثلاثاً فهي ثلاث ، وإن نوى واحدة فهي واحدة ، وإن لم ينو شيئا فكلام أحمد يقتضى أن تكون ثلاثاً ، لأنه قال : أنت الطلاق فهذا قد بين أى شيء ، بقى هي ثلاث . وهذا اختيار أبي بكر ، وبخرج فيها أنها واحدة بذاء على المسألة قبلها . ووجه القولين ما تقدم وما يبين أنه يراد بها الواحد قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثاً تماماً

لجعل المكرر ثلاثاً ، ولو كان للاستغراق لكان ذلك تسماً .

(فصل)

٥٩٤١

ولو قال : الطلاق يلزمني ، أو الطلاق لى لازم ، فهو صريح ، فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق ، وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه . ولملمهم أرادوا لزمه حكمه ، فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية ، وانغمزت الحقيقة فيه ، ويقع به ما نواه من واحدة أو اثنتين أو ثلاث . وإن أطلق ففيه روايتان وجههما ما تقدم . وإن قال : على الطلاق فهو بمثابة قوله : الطلاق يلزمني ، لأن من لزمه شيء فهو عليه كالدين . وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق ، وبخرج فيه في حالة الإطلاق الروايتان ، هل هو ثلاث أو واحدة ؟ والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة ، لأن أهل العرف لا يمتقدونه ثلاث ، ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ، ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثاً ، ولا يمتقد أنه طلق إلا واحدة ، فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة ، فلا يريدون إلا ما يمتقدونه مقتضى^(١) لفظهم ، فيصير كأنهم نواوا الواحدة .

(فصل)

٥٩٤٢

وإن قال : أنت طالق للسنة طلقت واحدة في وقت السنة . وذهب أبو حنيفة إلى أنها تطلق ثلاثاً في ثلاثة قروء ، بناء منه على أن هذا هو السنة ، وقد بينا أن طلاق السنة طلقة واحدة في طهر لم يصبها فيه . وإن قال : أنت طالق طلاق السنة وقعت بها واحدة في طهر لم يصبها فيه أيضاً ، إلا أن ينوي الثلاث^(١) فتكون ثلاثاً ، لأنه ذكر المصدر ، والمصدر يقع على الكثير والقليل ، بخلاف التي قبلها .

(فصل)

٥٩٤٣

وإن قال المجمل « بهشم ابسيار » طلقت امرأته ثلاثاً ، نص عليه أحمد لأن معناه : أنت طالق كثيراً وإن قال « بهشم فحسبت » بالفارسية طلقت واحدة ، إلا أن ينوي ثلاثاً فتكون ثلاثاً نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وقال القاضي : يخرج فيه روايتان بناء على قوله : أنت طالق ، لأن هذا صريح ، وذلك صريح ، فهما سواء .

والصحيح أنه يقع ما نواه ، لأن معناها خليتك ، وخليتك يقع بها ما نواه ، وكذا ههنا . وإنما صارت صريحة لشهرة استعمالها في الطلاق ، وتعيينها له ، وذلك لا ينفي معناها ، ولا يمنع العمل به إذا أراده ، وإن قال : فارتك ، أو سرحتك ، ونوى واحدة أو أطلق ، فهي واحدة . وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث ، لأنه يفعل يمكن أن يعبر به عن القليل والكثير ، وكذلك لو قال طلقتك .

(فصل)

٥٩٤٤

ولا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين .

أحدهما : من لا يقدر على الكلام ، كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وذلك لأنه لا طريق له إلى الطلاق إلا بالإشارة ، فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية . كالنكاح فأما القادر فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها ، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاث إلى الطلاق طلقت ثلاثاً ، لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الفاطي : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث لم يقع إلا واحدة ، لأن إشارته لاتكنى ، وإن قال : أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً ، لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد ،

(١) في المخطوطة ١٨ : ثلاثاً .

وذلك يصلح بيانا كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : « الشهر ^(١) هكذا وهكذا وهكذا » . وأشار بيده مرة ثلاثين ، ومرة تسعا وعشرين . وإن قال : أردت الإشارة بالإصبعين المقبوضتين قبْل منه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

الموضع الثاني ^(٢) : إذا كتب الطلاق . فإن نواه طلقت زوجته ، وبهذا قال الشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والحكم ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وهو المنصوص عن الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن له قولاً آخر : أنه لا يقع به طلاق وإن نواه ، لأنه فعل من قادر على التطليق ، فلم يقع به الطلاق كالإشارة

ولنا : أن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ، ونواه ، وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب ، بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ رسالته ، فحصل ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ^(٣) ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق . فأما إن كتب ذلك من غير نية ، فقال أبو الخطاب : قد خرجها القاضي الشريف في الإرشاد على روايتين .

إحداها : يقع ، وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والحكم ، لما ذكرنا .

والثانية : لا يقع إلا بنية ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، ومنصوص الشافعي ، لأن الكتابة محتملة ، فإنه يقصد بها تجربة القلم ، وتجويد الخط ، وغم الأهل ، فلم يقع من غير نية ككتابات ^(٤) الطلاق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه ، لم يقع ، لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع ، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقبل أيضاً في الحكم في أصبح الوجهين ، لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح في أحد الوجهين ، فهمنا مع أنه ليس بلفظ أولى .

وإن قال : نويت غم أهلي ، فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع ، وإن أراد أن ينم أهله فقد عمل في ذلك أيضاً ، يعنى أنه يؤاخذ به ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم ^(٥) : « إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » . فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق ، لأن غم أهله يحصل بالطلاق ، فيجتمع غم أهله ، ووقوع طلاقه ، كما لو قال : أنت طالق ، يريد به غمها . ويحتمل

(١) أخرجه مسلم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه ذكر رمضان فضرب بيديه فقال : الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إيهامه في الثالثة ، صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأنظروا ثلاثين » (ف) .

(٢) من موضعي وقوع الطلاق بغير لفظ . (٣) في ٣٩ : الملوك في الأطراف .

(٤) هامش ١٨ : مثل كتابات الطلاق . من نسخة ثانية .

(٥) أخرجه الشيخان عن أبي هريرة بلفظ (تجاوز) بدل (عفا) (ف) .

الايق، لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته ، فلا يكون ناوياً للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به ، أو الكلام ، وهذا لم ينو طلاقاً فلا يؤاخذ به .

(فصل)

٥٩٤٥

وإن كتبته بشيء لا يبين^(١) مثل أن كتب به بأصبعه على وسادة أو في الهواء ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع ، وقال أبو حفص المكبري : يقع ، ورواه الأثرم عن الشعبي ، لأنه كتب حروف الطلاق فأشبهه ما لو كتبته بشيء يبين ، والأول أولى ، لأن الكتابة التي لا تبين كالممس بالنم بما لا يبين وثم لا يقع فبهنا أولى .

(فصل)

٥٩٤٦

إذا كتب لزوجته : أنت طالق ، ثم استمد فكتب إذا أنك كتابي ، أو علقه بشرط أو استثناء ، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع طلاقه في الحال ، لأنه لم ينو الطلاق في الحال ، بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال ، وإن لم ينو شيئاً . وقلنا : إن المطلق يقع به الطلاق ، نظرنا ، فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة . لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة أولى ، وإن استمد لغير حاجة ولإعادة وقع الطلاق كما لو سكت بعد قوله أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطاً . وإن قال : إنني كتبته مريداً للشرط ، فقياس قول أصحابنا أنها لا تطلق قبل الشرط ، إلا أنه يدين ، وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين ، بناء على قولهم فيمن قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت تعليقه على شرط .

وإن كتب إلى امرأته : أما بعد ، فأنت طالق ، طلقت في الحال ، سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه ، وإن كتب إليها : إذا وصلت كتبتي فأنت طالق ، فأناها الكتاب طلقت عند وصوله إليها . وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ، لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم نطاق ، لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس ما فيه لمرق أو غيره ، لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة ، وإن ذهبت حواشيه أو تحرق منه شيء لا يخرج عن كونه كتاباً ، ووصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب . وإن تحرق بعض ما فيه الكتاب سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ، لأن الاسم باق ، فيصرف الاسم إليه ، وإن تحرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ، لأن المقصود ذهاب ، فإن قال لها : إذا أنك طالق فأنت طالق ، ثم كتب إليها : إذا أنك كتبتي فأنت طالق ، فأناها الكتاب طلقت طلقتين ، لوجود الصفتين في مجيء الكتاب ، فإن قال : أردت إن أنك كتبتي فأنت طالق بذلك

(١) في ١٨ : لا يبين .

الطلاق الذى علقته ، دين ، وهل يقبل فى الحكم ؟ يخرج على روايتين .
(فصل)
٥٩٤٧

ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه ، قال أحمد فى رواية حرب ، فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تزوج حتى يشهد عندها شهود عدل . قيل له : فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده ، حتى يشهد معه غيره ، لأن الكتب الموثقة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ، ككتاب القاضى . وظاهر كلام أحمد : أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزويج بعد انقضائها . وهذا معنى يختص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكفى فيه بسايعها للشهادة ، ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان لم يقبل ، لأن الخط يشبه به يزور ، ولهذا لم يقبله الحاكم ، ولو اكفى بمعرفة الخط لا كفى بمعرفة له من غير شهادة .

وذكر القاضى أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى . والصحيح أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها ، بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال : هذا كتابى كان لهما أن يشهدا به .

باب الطلاق بالحساب

﴿مسألة﴾

٥٩٤٨

قال : ﴿ وإذا قال لها : نصفك طالق ، أو يدك أو عضو من أعضائك طالق ، أو قال لها : أنت طالق نصف تطلقه أو ربع تطلقه ، وقعت بها واحدة ﴾
الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

﴿أحدهما﴾

٥٩٤٩

إنه إذا طلق جزءاً منها . والثانى : إذا طلق جزءاً من طلقة .

فأما الأول فإنه متى طلق من المرأة جزءاً من أجزائها الثابتة طلقت كلها ، سواء كان جزءاً شائعاً كنصفها أو سدسها^(١) ، أو جزءاً من ألف جزء منها ، أو جزءاً معيناً كيدها ، أو رأسها ، أو إصبعها ، وهذا قول الحسن ، ومذهب الشافعى ، وأبى ثور ، وابن القاسم صاحب مالك ، ومذهب أصحاب الرأى ، إلا أنه إن أضافه إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس ، والوجه ، والرقبة ، والظهر ، والفرج ،

(١) فى المخطوطة : ١٨ كالنصف والسدس .

طلقت . وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق ، لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه ، أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر .

ولنا : أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعد النكاح ، فأشبهه الجزء الشائع ، والأعضاء الخمسة لأنها جملة لا تنبعض في الحل والحرمة ، وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة ، فغاب فيها حكم التحريم ، كما لو اشترك مسلم ومجوسى في قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه ، فإنه ليس بثابت ، والشعر والظفر ليس بثابت ، فإنهما يزولان . ويخرج غيرهما ، ولا ينقض مسهما الطهارة .

(الفصل الثانى)

٥٩٥٠

إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءاً منها ، وإن قل فإنه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود ، قال : لا تطلق بذلك . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق ، منهم الشعبي ، والمارث المكي ، والزهرى ، وقتادة ، والشافعى ، وأصحاب الرأى ، وأبو عبيد . قال أبو عبيد : وهو قول مالك ، وأهل الحجاز ، والثورى ، وأهل العراق ، وذلك لأن ذكر بعض ما لا ينبعض ذكر الجميع كما لو قال نصفك طالق .

(فصل)

٥٩٥١

فإن قال : أنت طالق نصفى طلقة وقعت طلقة لأن نصفى الشيء كله . وإن قال ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف ، فكل النصف ، فصارا طلقتين . وهذا وجه لأصحاب الشافعى . ولهم وجه آخر : أنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة ، فيسقط ما ليس منها ، وتقع طلقة ، ولا يصح لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل في الحل ، لا سبيل إليه ، وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيح ، فلفت الإضافة .

وإن قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة ، وذكر أصحاب الشافعى وجهاً آخر : أنه يقع طلقتان ، لأن اللفظ يقتضى النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل ، وما ذكرناه أولى ، لأن التنصيف يتحقق به ، وفيه عمل باليقين ، وإلغاء الشك ، وإبقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى . وإن قال : أنت طالق نصفى طلقتين وقعت طلقتان ، لأن نصفى الشيء جميعه ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين .

(فصل)

٥٩٥٢

وإن قال : أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة ، وقعت طلقة لأنها أجزاء الطلقة ، ولو قال : أنت

طالق نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة ، فقال أصحابنا يقع ثلاث ، لأنه عطف جزءاً من طلقة على جزء من طلقة ، فظاهره أنها طلقات متغايرة ، ولأنها لو كانت الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف ، فقال : ثلاث الطلقة ، وسدس الطلقة . فإن أهل العربية قالوا : إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكرها فالثاني غير الأول ، وإن أعيد معرفاً بالألف واللام فالثاني هو الأول . كقوله تعالى : « إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا * إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا » ^(١) فالعسر الثاني هو الأول لإعادته معرفاً ، والعسر الثاني غير الأول لإعادته منكراً . ولهذا قيل : ^(٢) « لن يغلب عسر يسرين » . وقيل : لو أراد بالثانية الأولى لذكرها بالضمير لأنه الأولى .

وإن قال : أنت طالق نصف طلقة ثلاث طلقة سدس طلقة ، طلقت طلقة . لأنه لم يعطف بواو العطف ، فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة ، ولأنه يكون الثاني همناً بدلاً من الأول ، والثالث من الثاني ، البديل هو المبدل أو بعضه ، فلم يقتض المتغايرة . وعلى هذا التعليل لو قال : أنت طالق طلقة نصف طلقة ، أو طلقة طلقة ، لم تطلق إلا طلقة ، فإن قال أنت طالق نصفاً وثلاثاً وسدساً لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء الطلقة إلا أن يريد من كل طلقة جزءاً فتطلق ثلاثاً .

ولو قال أنت طالق نصفاً وثلاثاً وربما طلقت طلقتين ، لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس ، ثم بكل . وإن أراد من كل طلقة جزءاً طلقت ثلاثاً . وإن قال : أنت طلقة ، أو أنت نصف طلقة ، أو أنت نصف طلقة ، ثلاث طلقة ، سدس طلقة . أو أنت نصف طالق ، وقع بها طلقة ، بناء على قولنا في أنت الطلاق أنه صريح في الطلاق ، وهذا مثله .

(فصل)

٥٩٥٣

فإن قال لأربع نسوة له : أوقعت بينكن طلقة طلقت كل واحدة منهن طلقة . كذلك قال الحسن ، والشافعي ، وابن القاسم ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربهما ثم تكملت . وإن قال : بينكن طلقة فكذلك ، نص عليه أحمد ، لأن معناه أوقعت بينكن طلقة ، وإن قال أوقعت بينكن طلقتين ، وقع بكل واحدة طلقة ، ذكره أبو الخطاب ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . وقال أبو بكر والقاضي : تطلق كل واحدة طلقتين ، ويروى عن أحمد ما يدل عليه ، فإنه روى عنه في رجل قال : أوقعت بينكن ثلاث تطليقات : ما أرى إلا قد بن منه ، لأننا إذا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزءان من طلقتين ، ثم تسكل . والأول أولى ، لأنه لو قال : أنت طالق نصف

(١) سورة الإنشراح آية ٦٥

(٢) أخرجه الحاكم عن الحسن مرسل (ف) .

طلقةين طلقت واحدة وبكل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم بكل طلبة واحدة ، وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات .

أما الجمل المتساوية من جنس كالنفود وإنما تقسم برؤوسها ، وبكل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان ، فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد ، والطلقات لا اختلاف فيها ، ولأن فيما ذكرناه أخذاً باليقين فكان أولى^(١) من إيقاع طلبة زائدة بالشك ، فإن أراد قسمة كل طلبة بينهما فهو على ما قال^(٢) أبو بكر ، وإن قال : أوقعت بينك ثلاث طلقات ، أو أربع طلقات ، فعلى قولنا تطلق كل واحدة طلبة ، وعلى قولها يطلق ثلاثاً ثلاثاً . وإن قال : أوقعت بينك خمس طلقات وقع بكل واحدة طلبة . كذلك قال الحسن ، وقتادة ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، لأن نصيب كل واحدة طلبة ورابع ، ثم تكمل . وكذلك إن قال : ستم أو سبعم أو ثمانية . وإن قال : أوقعت بينك تسماً تطلق ثلاثاً ثلاثاً .

(فصل)

٥٩٥٤

فإن قال : أوقعت بينك طلبة وطلقة وطلقة ، وقع بكل واحدة منهن ثلاث ، لأنه لما عطف وجب قسم كل طلبة على حدتها ، ويستوى في ذلك للدخول بها وغيرها في قياس للذهب ، لأن الواو لا تقتضي ترتيباً . وإن قال : أوقعت بينك نصف طلبة وثلاث طلبة وسدس طلبة فكذلك ، لأن هذا يقتضي وقوع ثلاث على ما قدمنا^(٣) . وإن قال : أوقعت بينك طلبة فطلقة فطلقة أو طلبة ثم طلبة ثم طلبة أو أوقعت بينك طلبة وأوقعت بينك طلبة وأوقعت بينك طلبة ثلاثاً ، إلا التي لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، ثم يلحقها ما بعدها .

(فصل)

٥٩٥٥

فإن قال النسائه : أنتن طوائق ثلاثاً ، أو طلقتك ثلاثاً ، طلقت ثلاثاً ثلاثاً . نص عليه أحد . لأن قوله : طلقتك يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ، ثم وصف ماعمهن به من الطلاق بأنه ثلاث ، فصار لكل واحدة ثلاث ، بخلاف قوله : أوقعت بينك ثلاثاً ، فإنه يقتضي قسمة الثلاث عليهن ، لكل واحدة منهن جزء منها ، وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٥٦

قال ﴿ وإن قال لها : شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق ﴾

(٢) في المخطوطة ١٨ ، ٢٠ : ما قاله .

(١) في المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : فكان هو الأولى ،

(٣) في المخطوطة ٣٩ : على ما قلنا .

لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما ، فليس هما كالأعضاء الثابتة ، وهذا قول أصحاب الرأي . وقال مالك ، والشافعى : تطلق بذلك ، ونحوه عن الحسن ، لأنه جزء يسبقاح بنكاحها ، فتطلق به كالإصبع .

وانما : أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالجل والريق ، فإنه لا خلاف فيهما ، وفارق الإصبع ، فإنها لا تنفصل في حال السلامة ، ولأن الشعر لا روح فيه ، ولا ينجس بموت الحيوان ، ولا ينقض الوضوء منه فأشبهه العرق والريق والابن ولأن الجل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه لأن ماله إلى الانفصال وهذه كذلك ، والسن في معناها لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير .

(فصل)

٥٩٥٧

وإن إضافته إلى الريق والدمع والعرق والحل لم تطلق ، لا نعلم فيه خلافاً ، لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحل مودع فيها . قال الله تعالى : « وَهُوَ الَّذِي أَنْشَأَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ فَمُسْتَوْذَعٌ » . قيل : مستودع في بطن الأم . وإن إضافته إلى الزوج . فقال أبو بكر : لا يختلف قول أحد في الطلاق والمعتق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر ، والسن ، والظفر ، والروح ، جرد القول عنه مهنا ابن يحيى ، والفضل بن زياد القطان . فبذلك أقول : ووجهه أن الروح ليست عضواً ولا شيئاً يستمتع به .

﴿سأله﴾

٥٩٥٨

قال ﴿ وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يمين النكاح بشك الطلاق ﴾

وجاء ذلك : أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه ، نص عليه أحد ، وهو مذهب الشافعى ، وأصحاب الرأي ، لأن النكاح ثابت بيقين ، فلا يزول بشك . والأصل في هذا حديث عبد الله بن زيد ، عن النبي صلى الله عليه وسلم : « أنه سئل عن الرجل يخجل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة ، فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » . متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين وإطراح الشك ، ولأنه شك طراً على يقين فوجب إطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة ، والورع التزام الطلاق . فإن كان المشكوك فيه طلاقاً رجعياً راجع امرأته إن كانت مدخولاً بها وجدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها ، أو قد انقضت عدتها ، وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها ، لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق ، فلا تحمل لغيره . وحكى عن شريك : أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتسكون الرجعة عن طلاقه فتسكون صحيحة في الحكم ، وايس بشيء ، لأن التلطف بالرجعية ممكن مع الشك

في الطلاق . ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ، ولأنه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكاً في تحريمها عليه ، فلا تفيد الرجعة .

مسألة

٥٩٥٩

قال (١) وإذا طلق فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثاً اعتزلها ، وعليه نفقتها ما دامت في العدة . فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ، ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق^(١) لأنه متيقن للتحريم ، شك في التحليل (٢)

وجملة ذلك : أنه إذا طلق وشك في عدد الطلاق ، فإنه يبنى على اليقين . نص عليه أحمد في رواية ابن منصور ، في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدرى واحدة أم ثلاثاً ؟ قال : أما الواحدة فقد وجبت عليه ، وهي عنده حتى يستيقن . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي : لأن ما زاد على الفدر الذي تيقنه طلاق مشكوك فيه ، فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق ، وإذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة ، وإذا راجع وجبت النفقة وحقوق الزوجية ، قال الخرق : ويحرم وطؤها ، ونحوه قول مالك . إلا أنه حكى عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه . وقولهما تيقن في التحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة ، فلا يرتفع بالشك ، كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها ، فإنه لا يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ، ولا يزول إلا بغسل جميعه . وفارق لزوم النفقة ، فإنها لا تزول بالطائفة الواحدة فهي باقية ، لأنها كانت باقية ، ولم يتيقن زوالها ، وظاهر قول غير الخرق من أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور ، لأن التحريم المعلق بما ينفيه يزول بالرجعة يقيدها . فإن التحريم أنواع : تحريم تزيله الرجعة ، وتحريم تزيله نكاح جديد ، وتحريم يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ، ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى ، كمن تيقن في الحدث الأصفر لا يثبت فيه حكم الأكبر ، وزول تحريم الصلاة بالطهارة الصفري ، ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة ، فنظير مسألتنا أن يتيقن نجاسة كم الثوب ويشك في نجاسة سائره ، فإن حكم النجاسة فيه يزول بنسل السكم وحدها كذا هنا ، ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومنع يقينه ، فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن للتحريم بل شك فيه متيقن للإباحة .

(فصل)

٥٩٦٠

إذا رأى رجلان طائراً خلف أحدهما بالطلاق أنه غراب ، وحلف الآخر بالطلاق أنه حمام ، فطار ولم يعلم حاله لم يحكم ببحث واحد منهما ، لأن يقين النكاح ثابت ، ووقوع الطلاق مشكوك فيه فإن ادعت

(١) في المخطوطة ٢٠ كم طلق

اسرأة أحدهما حنثه فيها ، فاتقول قوله ، لأن الأصل معه ، واليقين في جانبه . ولو كان الخالف واحداً فقال : إن كان غراباً ففساؤه طوالق . وإن كان حماماً فعبيده أحرار . أو قال : إن كان غراباً فزئب طاق ، وإن كان حماماً فمند طالق . ولم يعلم ما هو لم يحكم بحنثه في شيء لأنه متيقن للفكاح شك في الحنث فلا يزول عن يقين الفكاح والملك بالشك .

فأما إن قال أحد الرجلين إن كان غراباً فامرأته طالق ثلاثاً ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فامرأته طالق ثلاثاً . فطار ولم يعلم حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ، ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل تبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكنى ، لأن كل واحد منهما يقين فنكاحه باق ، ووقوع طلاقه مشكوك فيه . فأما الوطء فذكر القاضى أنه يحرم عليهما ، لأن أحدهما حانث^(١) بيقين ، وامرأته محرمة عليه وقد أشكل ، فحرم عليهما جميعاً ، كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها ، وقال أصحاب الرأى ، والشافعى : لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته ، لأنه محكوم ببقاء نكاحه ، ولم يحكم بوقوع الطلاق عليه . وفارق الحانث في إحدى اسرأتيه ، لأنه معلوم زوال نكاحه عن إحدى زوجتيه . قلنا : إنما تحقق حنثه في واحدة غير معينة ، وبالنظر إلى كل واحدة مفردة ، فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه . لكن لما تحققنا أن إحداها حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعاً ، وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلق امرأته ، وحرمت عليه ، وتعدى التمييز ، فيحرم الوطء عليهما ، وبصير كما لو تنجس أحد الإنايين لا بعينه ، فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما ، سواء كانا لرجلين ، أو لرجل واحد . وقال مكحول : يحمل الطلاق عليهما جميعاً ، ومال إليه أبو عبيد ، فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال ، وأنه لم يحنث دين فيما بينه وبين الله تعالى ، ونحو هذا قال عطاء ، والشعبي ، والزهرى ، والحارث العكلى ، والثورى ، والشافعى ، لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه ، وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتها بإقرارها على أنفسهما ، وإن أقر أحدهما حنث وحده ، وإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فاتقول قوله ، وهل يخلف ؟ يخرج على روايتين .

(فصل)

٥٩٦١

فإن قال أحدهما : إن كان هذا غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلم حاله لم نحكم بعتق واحد من العبدين فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه بعد أن أنكر حنث نفسه عتق الذى اشتراه ، لأن إنكاره حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه ، وإقرار بعتق الذى اشتراه ، وإذا اشترى من أقر بحرقة عتق عليه . وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده وأحدهما

(١) في المخطوطة ٢٠ و ١٨ حنث .

حر ولم يعلم بميئته . ويرجع في تعيينته إلى القرعة ، وهذا قول أبي الخطاب ، وذهب القاضى إلى أنه يعتقد الذى اشتراه فى الموضعين ، لأن تمسكه بعبدته اعتراف منه برقه وحرية صاحبه ، وهذا مذهب الشافعى .
ولنا : أنه لم يعترف لفظاً ، ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف . فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استناداً إلى الأصل ، فكيف يكون مترافعاً مع تعريضه بأننى لا أعلم الحر منهما ؟
وإنما اكتفينا فى إبقاء رقبته باحتمال الخلف فى حق صاحبه ، فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بميئته صار كأنهما كانا له فحذف بهتق أحدهما وحده ، فيقرع بينهما حينئذ ، ولو كان الخالف واحداً فقال : إن كان غراباً فعبدى حر ، وإن لم يكن غراباً فأمتى حرة ، ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما ، فيعتق أحدهما . فإن ادعى أحدهما أنه الذى عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يميئه .

(فصل)

٥٩٦٢

وإن قال : إن كان غراباً فهذه طالق ، وإن لم يكن غراباً فهذه الأخرى طالق ، فطار ولم يعلم حاله ، فقد طلقت إحدهما ، فيحرم عليه قربانهما ، وبؤخذ بنفقةهما حق تبين المطابقة منهما ، لأنهما محبوبستان عليه لحقه . وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما ، فنخرج بالقرعة المطابقة منهما ، كقولنا فى العبيد ، والصحيح أن القرعة لا تدخل لها هذا ، لما سنده فيما إذا طلق واحدة وأنسيها ، وهو قول أكثر أهل العلم . فعلى هذا يبقى التحريم فيهما إلى أن يعلم المطابقة منهما ، وبؤخذ بنفقةهما . فإن قال : هذه التى حدثت فيها ، حرمت عليه ، ويقبل قوله فى حل الأخرى ، فإن ادعت التى لم يعترف بطلاقها أنها المطابقة فالقول قوله لأنه منكر وهل يخلف ؟ يخرج على روايتين .

(فصل)

٥٩٦٣

فإن قال : إن كان غراباً ففساؤه طوالت ، وإن لم يكن غراباً فعبيده أحرار وطار ولم يعلم حاله منع من التصرف فى المملوكين حتى يتبين ، وعليه نفقة الجميع فإن قال كان غراباً طلق نساؤه ، ورق عبيده : فإن ادعى أنه لم يكن غراباً ايمتقوا فالقول قوله ، وهل يخلف ؟ يخرج على روايتين ، وإن قال : لم يكن غراباً عتق عبيده ولم تطلق النساء .

فإن ادعى أنه كان غراباً ليطلقن فالقول قوله ، وفى تحليفه وجهان ، وكل موضع قلنا يستحلف فكل عن الميمن قضى عليه بنكوله ، وإن قال : لا أعلم ما الطائر ؟ فقياس للذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد ، وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء . وهذا قول أبى ثور ، وقال أصحاب الشافعى : إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا ، وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد ، لأن القرعة لها مدخل فى العتق ، لسكون النبي صلى الله عليه وسلم «أقرع بين العبيد الستة»

ولا مدخل لها في الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ، ولا يمكن قياسه على العتق ، لأن الطلاق حل قيد النكاح ، والقرعة لا تدخل في النكاح ، والعتق حل الملك ، والقرعة تدخل في تمييز الأملاك . قالوا : ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ، ويمكن أن يقال على هذا : إن مالا يصلح للتعين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت الميراث في زوجتين ، ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريماً لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٦٤

قال ﴿ وإذا قال لزوجاته ، إحداكن طالق ، ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهما ، فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن ﴾

وجملته : أنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها^(١) فإنها تخرج بالقرعة ، نص عليه في رواية جماعة . وبه قال الحسن ، وأبو نور . وقال قتادة ، ومالك : يطلقن جميعاً ، وقال حماد بن أبي سليمان ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي : له أن يختار أيهن شاء ، فيوقع عليها الطلاق ، لأنه يملك إيقاعه ابتداءً وتعينه ، فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعينه ، لأنه استيفاء ما ملكه .

ولنا : أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما ، ولا يخالف لهما في الصحابة ، ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية ، فتدخله القرعة كالعتق . وقد ثبت الأصل بكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ، ولأن الحق لواحد غير معين ، فوجب تعينه بالقرعة ، كالحرية في العبيد إذا اعتقهم في مرضه ، ولم يخرج جميعهم من الثبات ، وكالسفر بإحدى نسائه ، والبداية بإحداهن في القسم ، وكالشريكين إذا اقتسما ، ولأنه طاق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعينها باختياره كالمسبية . وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعاً : فإنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع ، كما لو عينها . وقولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعين قلنا : ملكه للتعين بالإيقاع لا يلزمه أن يملكه يده كما لو طاق واحدة بعينها . وأنسبها ، وأما إن نوى واحدة بعينها طلق وحدها ، لأنه عينها بذاته فأشبهه ماله عينها بلفظه ، وإن قال : إنما أردت فلانة قبل منه ، لأنه يحتمل ما قاله ، وإن مات قبل القرعة والتعين أقرع الورثة بينهما ، فن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطابق .

(فصل)

٥٩٦٥

﴿ وإذا قال لنسائه : إحداكن طالق غداً ، فجاء غداً طلقت واحدة منهن ، وأخرجت بالقرعة . فإن مات

(١) في المخطوطة ٢٠ غير معينة

قبل الغد ورثته كلهن . وإن ماتت إحداهن ورثها ، لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق . فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء ، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء ، وصارت كالمتعينة بقوله : أنت طالق غداً وقال القاضي قياس الذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء ، فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طاعت الأخرى ، كما لو قال لا سرأته وأجنبية : إحداكما طالق . وهو قول أبي حنيفة .

والفرق بينهما ظاهر ، فإن الأجنبية ليست محلاً للطلاق وقت قوله ، فلا ينصرف قوله إليها ، وهذه قد كانت محلاً للطلاق وإرادتها بالطلاق ممكنة .

وإرادتها بالطلاق : إرادة الأخرى ، وحدث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقاً ، فتبقى على ما كانت عليه ، والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق . وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الآخر ، فإن وقعت على المبيع لم يعتق شيء منه . وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقيين . وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . لأن له تعيين العتق عندهم بقوله ، فبيع أحدهم صرف للعتق عنه ، فيتعين في الباقيين . وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقيين . فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسراً وإن معسراً لم يعتق إلا نصفه .

(فصل)

٥٩٦٦

وإذا قال : امرأتى طالق ، وأمتى حرة ، وله نساء وإماء ، ونوى بذلك معينة ، انصرف إليها . وإن نوى واحدة مبهمه فهي مبهمه فيهن . وإن لم ينو شيئاً فقال أبو الخطاب : يطلق نساءً ، كلمن ، ويعتق إماءه ، لأن الواحد المضاف يراد به الكل ، كقوله تعالى : « وَإِنْ تَعَدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا ^(١) » و « أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ ^(٢) » ولأن ذلك يروى عن ابن عباس . وقال الجماعة : يقع على واحدة مبهمه ، وحكمه حكم ما لو قال : إحداكن طالق وإحداكن حرة ، لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازاً ، والكلام لحقيقته مالم بصرفه عنها دليل ، ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم

﴿مسألة﴾

٥٩٦٧

وقال ﴿ وإذا طلق واحدة من نساؤه وأنسيها أخرجت بالقرعة ﴾

أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نساؤه وأنسيها ^(٣) أنها تخرج بالقرعة ، فثبت حكم الطلاق فيها ، ويحل له الباقيات ، وقد روى اسماعيل بن سعيد ، عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا

(١) سورة إبراهيم آية ٣٤ (٢) سورة البقرة آية ١٨٧ (٣) في ١٨ و ٢٠ ونسيها .
(٦٣م — النص — سابق)

لمعرفة الحل ، تستعمل لمعرفة الميراث ، فإنه قال : سألت أحمد عن الرجل يطلق امرأته من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق ؟ قال : أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة . قلت : أ رأيت إن مات هذا ؟ قال : أقول بالقرعة ، وذلك لأنه تصير القرعة على المال ، وجماعة من روى عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث . فأما في الحل فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، فالكلام إذن في المسألة في شيئين .

أحدهما : في استعمال القرعة في المنسية للتوريث .

والثاني : في استعمالها فيها للحل ، أما الأول فوجهه : ما روى عبد الله بن حميد قال : « سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خراسان وله أربع نسوة ، قدم البصرة فطلق إحداهن ، ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق ؟ فقال : قال على رضى الله عنه : أقرع بين الأربع ، وأنذر^(١) منهن واحدة ، وأقسم بينهن الميراث » ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا بالقرعة صح استعمالها كاشتركاء في القسمة ، والعبيد في الحرية .

وأما القرعة في الحل في المنسية فلا يصح استعمالها ، لأنه اشتبهت عليه زوجته بأجنبية ، فلم تحل له إحداها بالقرعة كما لو اشتبهت بأجنبية لم يكن له عليها عقد ، ولأن القرعة لا تزيل التحريم من المطلقة ، ولا ترفع الطلاق عن وقع عليه ، ولا احتمال كون المطلقة غير من خرجت عليها القرعة ، ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ، ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر ، فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها . وقد قال الخرقى فيمن طلق امرأته فلم يدرك واحدة طلق أم ثلاثاً ؟ ومن حلف بالطلاق ألا يأكل ثمرة فوقعت في ثمر فأكل منه واحدة : لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت عليها اليمين . فخرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ، ولم يعارضه يقين التحريم ، فههنا أولى .

وهكذا الحكم في كل موضع وقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها ، مثل أن يرى امرأة في روزنة ، أو مؤلّية ، فيقول : أنت طالق ، ولا يعلم عينها من نسائه ، وكذلك إذا وقع الطلاق على إحدى نسائه في مسألة الطائر وشبهها ، فإنه يحرم جميع نسائه عليه حتى تنهين المطلقة . ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه ، وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئاً ، ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزوج ، لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة ، ولا يحل للزوج غيرها ، لاحتمال أن تكون المطلقة ، وقال أصحابنا : إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها ، فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها . وحل

(١) هكذا (وأنذر) بالبدال المعجمة في النسخ المطبوعة وأرجح أنها (وأنذر) بالبدال المهملة أى (وأسقط)

لأنه سيسقط واحدة من خمسة (أربع من خراسان وواحدة من البصرة) (ف) .

للزواج مَنْ سواها ، كما لو كان الطلاق في واحدة غير معينة . واحتجوا بما ذكرنا من حديث علي ، ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها ، فأشبه ما لو قال : إحدانا طالق ، ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على الغائب والسراية ، أشبه العتق . والصحيح إن شاء الله أن القرعة لا تدخل ههنا لما قدمنا . وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه ، فجعل الشرع القرعة معينة ، فإنها تصلح للتعين . وفي مسألتنا الطلاق واقع في معينة لا محالة ، والقرعة لا ترفعه عنها ، ولا توقعه على غيرها ، ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها ، واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها ، بل هو أظهر في غيرها ، فإنهن إذا كن أربعاً فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث .

ولذلك لو اشبهت أخته بأجنبية ، أو مئة بمذكاة ، أو زوجته بأجنبية ، أو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فوقعت في تمر ، وأشبه ذلك مما يطول ذكره ، لا تدخله قرعة ، فكذا ههنا ، وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل . وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائل .

(فصل)

٥٩٦٨

فعلى قول أصحابنا إذا ذكر أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة فقد تبين أنها كانت محرمة عليه ، ويكون وقوع الطلاق من حين طلق ، لا من حين ذكر ، وقوله في هذا مقبول لأنه يقر^(١) على نفسه ، وترد إليه التي خرجت عليها القرعة ، لأننا تبينا أنها غير مطلقة ، والقرعة ليست بطلاق ، لا صريح ولا كناية ، فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله في هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله إلا أن تكون قد تزوجت ، أو يكون بحكم حاكم ، لأنها إذا تزوجت تعلق بها حق الزوج الثاني ، فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه . والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن الزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين .

قال أحمد في رواية الميموني : إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيهن طلق ، يقرع بينهما ، فإن أقرع بينهما فوقعت القرعة على واحدة ثم ذكر التي طلق ، فقال : هذه ترجع إليه ، والتي ذكر أنه طلق يقع الطلاق عليها ، فإن تزوجت فهذا شيء قد مر . فإن كان الحاكم أقرع بينهما فلا أحب أن ترجع إليه لأن الحاكم في ذلك أكبر منه^(٢) . وقال أبو بكر وابن حامد : متى أقرع ثم قال بعد ذلك إن المطلقة

(١) في ٢٠ : إقرار على نفسه .

(٢) أخرج مسلم ج ٣ ص ١٣٨٨ عن عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً « (ف) » .

غيرها وقع الطلاق بهما جميعاً ولا ترجع إليه واحدة منهما لأن^(١) التي عينها بالطلاق تحرم بقوله وترثه إن مات ولا يرثها . ويجوز على قياس قولها أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها .

(فصل)

٥٩٦٩

فإن قال : هذه المطلقة قبل منه ، وإن قال : هذه المطلقة ، بل هذه ، طلقتا ، لأنه أقر بطلاق الأولى ، فقبل إقراره ، ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ، ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى ، وكذلك لو كن ثلاثاً فقال : هذه ، بل هذه ، [بل هذه]^(٢) طلقتن كلهن . وإن قال : هذه ، أو هذه ، بل هذه طلقت الثالثة^(٣) وإحدى الأوليين . وإن قال : طلقت هذه ، بل هذه أو هذه ، طلقت الأولى ، وإحدى الآخرين ، وإن قال : أنت طالق ، وهذه ، أو هذه ، فقال القاضي : هي كذلك ، وذكر أنه قول الكسائي .

وقال محمد بن الحسن : تطاق الثانية ، ويبقى الشك في الأولى والثالثة ، وجه الأول : أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ، ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك ، فيكون الشك فيهما ، ولو قال : طلقت هذه أو هذه وهذه ، طلقت الثانية ، وكان الشك في الأوليين . ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع ، لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدما ، فيعود إليهما . وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذه وهذه ، أو هذه ، طواب بالبيان ، فإن قال : هي الثالثة طلقت وحدها ، وإن قال : لم أطلقها طلقت الأولتان ، وإن لم يبين أقرع بين الأوليتين والثالثة ، قال القاضي في المجرد وهذا أصح ، وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان ، فإن قال هي الأولى طلقت وحدها ، وإن قال ليست الأولى طلقت الآخرين كما لو قال طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبيل التعيين ، وإن وطئ لم يكن تعيناً ، وإن ماتت إحداها لم يتمين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة يتمين الطلاق في الأخرى ، لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها .

ولنا : أن موت إحداها أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة ، فلم يكن تعيناً لغيرها كرضها . وإن قال : طلقت هذه وهذه ، فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الأولتان أم الآخرتان كما لو قال طلقت هاتين أو هاتين ، فإن قال : هما الأولتان تعين الطلاق فيهما . وإن قال لم أطلق الأولتين تعين الآخرتان ، وإن قال إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه .

(١) في النسخ المطبوعة (لا أن) والصواب لأن كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٢ (ف) .

(٢) سقط من النسخ المطبوعة (بل هذه) والصواب زيادتها وهي في الشرح الكبير (ف) .

(٣) في النسخ المطبوعة (الثانية) والصواب (الثالثة) كما في الشرح الكبير (ف) .

٥٩٧٠

﴿ مسألة ﴾

قال ﴿ فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقي منهم ﴾

نص أحمد على هذا . وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهم كلهم ، لأنهم تساوين في احتمال استحقاقه ، ولا يخرج الحق عنهن . وقال الشافعي : يوقف الميراث . المختص بهن حتى يصطلحن عليه ، لأنه لا يعلم المستحق منهن . ووجه قول الخرقى قول على رضي الله عنه ، ولأنهم قد تساوين ولا سبيل إلى التمييز ، فوجب المصير إلى القرعة ، كن أعتق عبداً في مرضه لا مال^(١) له سوام ، وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقيناً والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقيناً والقرعة يسلم بها من هذين المخدورين ولها نظير في الشرع .

٥٩٧١

(فصل)

فإن مات بعضهم أو جميعهم أقرعنا بين الجميع ، فن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها . وإن مات بعضهم قبله وبعضهم بعده وخرجت القرعة لميثة قبله حرمناه ميراثها ، وإن خرجت لميثة بعده حرمناها ميراثها والباقيات يرثنه . فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقها أو قال : في غير الميثة هذه التي أردتها حرم ميراثها ، لأنه يقر على نفسه ، ويرث الباقيات سواء صدقة ورثنه أو كذبوه ، لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها ، والأصل عدمه ، وهل يستحلف على ذلك ؟ فيه روايتان .

فإن قلنا يستحلف فنسكل حرمناه ميراثها لنسكوله ، ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها فإن مات فقال ورثته لإحداهن : هذه المطلقة ، فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها [بطلاقها] حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها ، لأنها تدعى بقاء نكاحها^(٢) وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببيينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأبهما وجدتهما لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها ، وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقاً تبين به فأنكرها فالتقول قوله وإن مات لم تره لإقرارها بأنها لا يستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون ما لها وعليها العدة لأننا لم نقبل قولها فيما عليها ، وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق بينهما ، فأما إن كان رجعيًا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه^(٣) .

(١) في المخطوطة ١٨ : ولا مال

(٢) في المخطوطة ١٨ و ٣٩ : النكاح .

(٣) على هامش ٢٠ : توارثا . من نسخة أخرى .

٥٩٧٢

(فصل)

وإذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيهن طلق فلاقى تزوجها ربع ميراث النسوة . نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمد أيضاً ، وذهب الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني^(١) وأبو حنيفة إلى أن الباقيين بين الأربع ، وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعي يوقف الباقي بينهما حتى يصطلحن . ووجه الأقوال ما تقدم . وقال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن^(٢) ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيهن طلق ثلاثاً وأيهن طلق اثنتين وأيهن واحدة يقرع بينهما فأتى أبانها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات في عدتها وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثاً فالباقيتان رجعتان يرثهن في العدة ويرثن ومن انقضت عدتها منهن لم يرثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثته الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان

٥٩٧٣

(فصل)

إذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجهاً في أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة في حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الإنفاق^(٣) عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح لأننا علمنا أن منهن واحدة بائناً منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تسكون زوجته ؟ وإنما الإنفاق^(٤) عليهما لأجل حبسها ومنعها من التزويج بغيره لأجل اشتباها ، ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو قرعة فعدتها من حين طاقها لا من حين عينها . وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين . وهذا فاسد . فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين تبين لما كان واقعاً ، وإن مات الزوج قبل البيان فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي والنخعي وعطاء الخراساني . قال أبو عبيد : وهو قول أهل الحجاز والعراق ، لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح ، والأصل

(١) في بعض النسخ المطبوعة (وعطاء الخراساني) والصواب (وعطاء الخراساني) بدون عطف ، قال عبد الرحمن بن يزيد كان يحيى الليل وثقة ابن معين وأبو حاتم قال ابنه عثمان : مات ستة خمس وثلاثين ومائة عن خمس وثمانين سنة قاله أبو نعيم (ف).

(٢) في المخطوطة ١٨ : النفقة

(٣) في المخطوطة ٣٩ : إحداهن في الفقرة كلها

(٤) في المخطوطة ١٨ : في الفقرة

بقاؤه فتلزمها عدته ، والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق. لكن عدة الطلاق من حين طلق ، وعدة الوفاة من حين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن يكون عليها عدة الوفاة ، ويحتمل أنها المطلقة ، فعليها عدة الطلاق فلا تبرا يقيناً إلا بأطولها . وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعي فعليها عدة الوفاة بكل حال ، لأن الرجعية زوجة .

(فصل)

٥٩٧٤

إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة ولا يقبل فيه إلا عدلان . ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل : أنجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق ؟ قال : لا والله . إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال ، فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والفصا ، فإن لم تكن بينة فهل يستحلف ؟ فيه روايتان . نقل أبو الخطاب أنه يستحلف وهو الصحيح لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « ولكن اليمين على المدعى عليه » ^(١) وقوله « اليمين على من أنكر » ^(٢) ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر . ونقل أبو طالب عنه لا يستحلف في الطلاق والنكاح ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجيتها فأنكرته ، وإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت وتمنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت . قال أحمد لا يسمعها أن تقيم معه ، وقال أيضاً تفتدي منه بما تقدر عليه فإن أجبرت على ذلك فلا تزين له ولا تقر به وتهرب إن قدرت ، وإن شهد عندها عدلان غير متهمين فلا تقيم معه ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال جابر بن زيد وحماد بن أبي سليمان وابن سيرين : تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن ، وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وأبو عبيد : تفر منه ، وقال مالك لا تزين له ولا تبدى له شيئاً من شعرها ولا عريتها ، ولا يصيبها إلا وهي مكرهة ، وروى عن الحسن ، والزهري ، والنخعي ، يستحلف ثم يكون الإثم عليه ، والصحيح ما قاله الأولون ، لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه ، فوجب عليها الامتناع والفرار منه ، كسائر الأجنيات . وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجة ، ولو تزوجها تزويجاً باطلاً وسلت إليه بذلك فالحكم في هذا كله كالحكم في المطلقة ثلاثاً .

(فصل)

٥٩٧٥

ولو طلقها ثلاثاً ثم جعد طلاقها . لم تره ، نص عليه أحمد وبه قال قتادة وأبو حنيفة وأبو يوسف

(١) أخرجه أحمد ومسلم عن ابن عباس (ف) . (٢) أخرجه البيهقي عن ابن عمر (ف) .

والشافعي وابن المنذر ، وقال الحسن ترثه لأنها في حكم الزوجات ظاهراً .

ولنا : أنها تعلم أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبية ، وقال أحمد في رواية أبي طالب : تهرب منه ولا تزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم ذلك ، يحسب فيدعيها فترد عليه وتماقب . وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه ، لا تأخذ ماله لها ، تفر منه ، ولا تخرج من البلد . ولكن تخفى في بلدها . قيل له : فإن بعض الناس قال : تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه ، فلم يعجبه ذلك ، فمنعها من التزويج^(١) قبل ثبوت طلاقها ، لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق ، فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ، ويجمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر ، وذلك بباطنه ، ولم يأذن لها في الخروج من البلد ، لأن ذلك يقوى التهمة في نشوزها ولا^(٢) في قتله قصداً ، لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصداً ، فأما إن قصدت الدفع عن نفسها قال إلى نفسه فلا إثم عليها ، ولا ضمان في الباطن ، فأما في الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها .

(فصل)

٥٩٧٦

قال أحمد : إذا طلقها ثلاثاً فشهد عليه أربعة أنه وطئها ، أقيم عليه الحد^(٣) إنما أوجبها لأنها صارت بالطلاق أجنبية ، فهي كسائر الأجنبية ، بل هي أشد تحريراً ، لأنها محرمة وطئاً ونكاحاً ، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه ، وبهذا قال الشعبي ، ومالك ، وأهل الحجاز ، والثوري ، والأوزاعي ، وربيعه ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن جحد طلاقه يوهن أنه نسيه ، وذلك شبهة في درء الحد عنه ، ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئته إلا باقراره بذلك ، فإن قال : وطئها علاناً بأبني كفت طلاقها ثلاثاً كان إقراراً منه بالزنا ، فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا .

مسألة

٥٩٧٧

قال ﴿ وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت المدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ، وقضت المدة ثم تزوجها الأول ، فهي عنده على ما بقي من الثلاث ﴾
وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانث زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال .
أحدها أن تنسكح غيره ويصحبها ثم يتزوجها ، الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر .

(١) الصواب (التزويج) ، وهو في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)

(٢) في النسخ (ولأن في قتله) والصواب (ولا في قتله) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٦٥ (ف)

(٣) على هامش ٣٩ : حد . من نسخة أخرى

والثاني : أن بطلانها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أو نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه .

والثالث : طلقها دون الثلاث فتقضت عدتها ثم تزوجها الأول فمن أحد فيهما روايتان .
إحداها : ترجع إليه على ما بقي من طلاقها وهذا قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر ، وعلى ، وأبي ، ومعاذ ، وعمران بن حصين ، وأبي هريرة . وروى ذلك عن زيد ، وعبد الله بن عمرو ابن العاص . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة ، والحسن ، ومالك ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، ومحمد بن الحسن ، وابن المنذر .

والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث ، وهذا قول ابن عمر ، وابن عباس ، وعطاء ، والنخعي ، وشريح ، وأبي حنيفة ، وأبي يوسف ، لأن وطء الزوج الثاني مثبت للحل ، فيثبت حلًّا ينفع اثلاث تطليقات ، كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث . فأولى أن يهدم ما دونها .

ولنا : أن وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول ، فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ، ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث ، فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني ، وقولهم : إن وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتاً للحل أصلاً ، وإنما هو في الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فلا تحلُّ له من بعدُ حتى تنكحَ زوجاً غيره ^(١) » وحتى للغاية ، وإنما سمى النبي صلى الله عليه وسلم الزوج الذي قصد الحيلة محلاً تجوزاً ، بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حللاً لا يستحق لعناً .

والثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم ، وهي المطلقة ثلاثاً ، وهما هي حلال له ، فلا يثبت فيها حل . وقولهم : إنه يهدم الطلاق . قلنا : بل هو غاية لتحريمه ، وما دون الثلاث لا تحريم فيها ، فلا يكون غاية له .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٧٨

قال ﴿ وإذا كان المطلق عبداً وكان طلاقه اثنتين ، لم تحل له زوجته حتى تنكحَ زوجاً غيره ، حرة كانت الزوجة أو مملوكة لأن الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ﴾

وجملة ذلك : أن الطلاق معتبر بالرجال ، فإن كان الزوج حراً فطلاقه ثلاث ، حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبداً فطلاقه اثنتان ، حرة كانت زوجته أو أمة ، فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكحَ زوجاً

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

غيره . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وزيد ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيب ، ومالك ، والشافعى ، وإسحاق ، وابن المنذر . وقال ابن عمر : أيهما رق نقص الطلاق برقه ، فطلاق العبد اثنتان ، وإن كان تحتة حرة ، وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حراً . وروى عن على ، وابن مسعود : أن الطلاق معتبر بالنساء ، فطلاق الأمة اثنتان حراً كان الزوج أو عبداً ، وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً ، وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وعكرمة ، وعبيدة ، ومسروق ، والزهرى ، والحكم ، وحماد ، والثورى ، وأبو حنيفة لما روت عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن المرأة محل للطلاق ، فيعتبر بها كالعدة .

ولنا : أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق ، فكان حكمه معتبراً بهم ، ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية ، فكان اختلافه به كعدد المنكوحات . وحديث عائشة قال أبو داود راويه مظاهر بن أسلم ، وهو منكر الحديث ، وقد أخرجه الدارقطنى فى سننه عن عائشة . قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « طلاق العبد اثنتان ، فلا تحمل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقرء الأمة حيضتان ، وتزوج الحرة على الأمة ، ولا تتزوج الأمة على الحرة » . وهذا نص ، ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعاً ، فلك طلقات ثلاثاً ، كما لو كان تحتة حرة ، ولا خلاف فى أن الحر الذى زوجته حرة طلاقه ثلاث ، وأن العبد الذى تحتة أمة طلاقه اثنتان ، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حراً والآخر رقيقاً .

(فصل)

٥٩٧٩

قال أحمد الكاتب عبد مابق عليه درهم ، وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد . وهذا صحيح ، فإنه جاء فى الحديث « الكاتب^(١) عبد مابق عليه درهم » ولأنه يصح عققه ولا ينكح إلا اثنتين ، ولا يتزوج ولا يقسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد .

وقد روى الأثرم فى سننه عن سليمان بن يسار : « أن نفيماً مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين ، فسأل عثمان وزيد بن ثابت ، عن ذلك » فقالا : حرمت^(٢) عليك ؟ والمدبر كالعبد القن فى نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عققه بصفة ، لأنه عبد ، فتثبت فيه أحكام العبيد .

(فصل)

٥٩٨٠

قال أحمد فى رواية محمد بن الحكم : العبد إذا كان نصفه حراً ونصفه عبداً يتزوج ثلاثاً ، ويطلق ثلاثاً

(١) أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (ف) .

(٢) ورواه أيضاً مالك فى الموطأ والشافعى بلفظ (أن نفيماً وكان عبداً لأم سلمة الخ) (ف) .

تطبيقات ، وكذلك كلما تجزأ بالحساب ، إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبع بعض ، فوجب أن يتبع بعض في حقه كالحل ، فلذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح الحر ونصف ما ينكح العبد ، وذلك ثلاث .

وأما الطلاق فلا يمكن قسمته في حقه ، لأن مقتضى حاله أن يكون له ثلاثة أرباع الطلاق ، وليس له ثلاثة أرباع ، فكل في حقه ، ولأن الأصل إثبات الطلاقات الثلاث في حق كل مطلق ، وإنما خولف فيمن كل الرق في حقه ففيم عداه يبقى على الأصل .

(فصل)

٥٩٨١

إذا طلق العبد زوجته اثنتين ثم عتق لم تحل له زوجته حتى تنكح زوجاً غيره لأنها حُرمت عليه بالطلاق تحريماً لا ينحل إلا بزواج وإصابة ، ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم ، وهذا ظاهر المذهب . وقد روى عن أحمد : أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة . وذكر حديث ابن عباس^(١) عن النبي صلى الله عليه وسلم في المدلوكين : « إذا طلقها تطليقتين ثم عتقها فله أن يتزوجها » . وقال لا أرى شيئاً يدفعه ، وغير واحد يقول به أبو سلمة ، وجابر ، وسعيد بن المسيب . ورواه الإمام أحمد في المسند ، وأكثروا الروايات عن أحمد الأول ، وقال : حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد ، وحديث ابن عباس يرويه عمر بن معتب^(٢) ولا أعرفه .

وقد قال ابن المبارك : من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة ، منكر لهذا الحديث^(٣) . قال أحمد أما أبو حسن فهو عندي معروف ، ولكن لا أعرف عمر بن معتب ، قال أبو بكر : إن صح الحديث فالعمل عليه ، وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد ، وبه أقول .

(١) هذا الحديث أخرجه أحمد بن حنبل في المسند طبع دار المعارف ج ٣ ص ٣٢٤ ، ج ٥ ص ٣٦ ، ٣٧ وفيه قال عبد الله بن أحمد قال أبي : قيل لعمر يا أبا عروة من أبو حسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة .

(٢) وفي الحديث (عمر بن معتب) وقد صحف في الأصول (عمر بن مغيث) ورواه أيضاً أبو داود ج ١ ص ٥٠٥ ، ٥٠٦ « قال أبو داود : سمعت أحمد بن حنبل قال ؟ قال عبد الرزاق : قال ابن المبارك لعمر : من أبو الحسن هذا ؟ لقد تحمل صخرة عظيمة ! . قال أبو داود : أبو الحسن معروف وليس العمل على هذا الحديث اه وعمر بن معتب ترجمه ابن أبي حاتم في الجرح والتعديل ١/٣٢٢ — ١٣٣ وروى بإسناده عن أحمد بن حنبل قال : « أما أبو الحسن فعندي معروف ولكن لا أعرف عمر بن معتب » اه وذكره النسائي في الضعفاء ص ٢٤ وقال ليس بالقوى « وفي التقريب ج ٢ ص ٦٣ « عمر بن معتب ضعيف » وفي الميزان ج ٣ ص ٢٢٤ « قال ابن اللبني منكر الحديث » (ف) .

(٣) في ١٨ : يريد إنكار هذا الحديث .

قال أحمد : ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ، ثم عتق واشتراها لم تحل له ، ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات ، أو طلقان إن كان طلقها واحدة ، لأنه في حال الطلاق حر . فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها ، ولو تزوجها وهو حر كافر فسي واسترق ثم أسلما جميعاً لم يملك إلا طلاق العبيد اعتباراً بحاله حين الطلاق ، ولو طلق في كفره واحدة وراجعها ثم سبى واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ، ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما ، كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٨٢

قال ﴿ وإذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث ﴾

نص أحمد على هذا في رواية مهمنا ، وقال أبو عبد الله بن حامد : تقع طلقتان ، لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين ، وذلك طلقة ونصف ، ثم تسكل فتصير طلقتين . وقيل : بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

ولنا أن نصف الطلقتين طلقة ، وقد أوقفه ثلاثاً ، فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات ، وقولهم : معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ ، فإنه على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طلقة . وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة ، وقولهم : إنه محال . قلنا : وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال ، فيجب أن يقع .

(فصل)

٥٩٨٣

فإن قال : أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئاً أو نوى واحدة فهي واحدة ، قال أحمد فيمن قال لاسرته : أنت طالق ملء البيت ، فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث . فاعتبر نيته ، فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة . وذلك لأن الوصف لا يقتضي عدداً ، وهذا لانعلم فيه خلافاً إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه : تكون بائناً ، لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها ، وذلك هو البينونة .

ولنا : أنه طلاق صادق مدخولاً بها من غير استيفاء عدد ولا عوض ، فكان رجعياً كقوله : أنت طالق . وما ذكره لا يصح ، لأن الطلاق حكم ، فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة ، وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه ، أو أطول الطلاق أو أعرضه ، أو أقصره ، أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ، ولانية له وقعت طلقة رجعية ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في جميعها يقع بائناً ، وقال أصحابه : إن قال مثل الجبل كانت رجعية ، وإن قال : مثل عظم الجبل كانت بائناً ، ووجه القولين ما تقدم ، ولأنه لا يملك إيقاع البينونة ، فإنها حكم وليس ذلك إليه ، وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث ، والطلاق قبل الدخول ، فيملك مباشرة سببها فتثبت ، وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت .

ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه ، أو عليها ، وأغلظ لتمعجها ، أو لحب أحدهما صاحبها ، ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك ، وإن قال : أنت طالق أقصى الطلاق ، أو أكبره فكذلك في قياس المذهب ، ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثاً ، لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ، ومن ضرورة كونها ثلاثة وقوع اثنتين ، وإن قال : أنم الطلاق ، أو أكمله ، فواحدة إلا أنها تكون سنية ، لأنها أكل الطلاق وأتمه .

(فصل)

٥٩٨٤

وإن قال : أنت طالق أ كثر الطلاق ، أو كله ، أو جميعه ، أو منتهاه ، أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثاً ، لأن هذا يقتضى عدداً ، ولأن الطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة ، وأكثره ثلاث . وإن قال : كعدد التراب أو الماء وقع ثلاث ، وقال أبو حنيفة : يقع واحدة بائناً ، لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له .

ولنا : أن الماء تعدد أنواعه وقطرانه ، والتراب تعدد أنواعه وأجزاؤه ، فأشبه الحصى ، وإن قال : يامائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثاً وإن قال أنت طالق كائة أو ألف فهي ثلاث . قال أحمد فيمن قال : أنت طالق كالف تطليقة فهي ثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن ، وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم تسكن له نية وقعت واحدة ، لأنه لم يصرح بالعدد ، وإنما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه^(١) به .

ولنا : أن قوله كالف تشبيه بالعدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد ألف ، وفي هذا انفصال عما قال . وإن قال : أردت أنها طارقة كالف في صموبتها دين ، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين .

(فصل)

٥٩٨٥

وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث ، وقع طلقتان . وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن ما بعد العناية

(١) في النسخ (للشبه) والصواب (المشبه) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٣٢٧ (ف) .

لا يدخل فيها كقوله تعالى « ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ »^(١) وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع ، وذلك خلاف موضوعها ، وقال زفر : يقع طلاقاً ، لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله : بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وقال أبو يوسف ، ومحمد : يقع الثلاث ، لأنه نطق بها فلم يحز إلّاؤها .

ولنا : أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال خرجت من البصرة ، فإنه يدل على أنه كان فيها ، وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ، ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم ينجز الطلاق بالشك . وإن قال : أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة ، لأنها التي بينهما .

(فصل)

٥٩٨٦

فإن قال : أنت طالق طلاقاً في اثنتين ، أو واحدة في اثنتين ، ونوى به ثلاثاً فعلى ثلاث ، لأنه يسير بنى عن مع كقوله : « فَادْخُلِي فِي عِبَادِي »^(٢) فتقدير الكلام أنت طالق طلاقاً مع طلقتين ، فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه ، وإن قال أردت واحدة قبل أيضاً حاسباً كان أو غير حاسب . وقال القاضي إذا كان عارفاً بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ .

ولنا : أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريد العامى^(٣) ، وإن لم تكن له نية وكان عارفاً بالحساب وقع طلقتان ، وقال القاضي : إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع ، وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه ، وقال بعض أصحابه كقولنا ، وقال أبو حنيفة لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما مالا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب ، وإنما حصل منه الإيقاع في واحدة فوقعت دون غيرها .

ولنا : أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال أنت طالق اثنتين . وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعى فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه إلى نية ، فأما ما قاله أبو حنيفة فإنما ذلك في وضع الحساب في الأصل ثم صار مستعملاً في كل ماله عدد فصار حقيقة فيه ، فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طلاقاً واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظاً واحدة وإنما صار مصروقاً إلى اثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربى ينطق بالطلاق بالمعجمة^(٤) وهو لا يعرف معناها ، ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين أن يكون التكلم بذلك

(١) سورة البقرة آية ١٨٧ (٢) سورة الفجر آية ٢٩ (٣) في المخطوطة ١٨ : ما يريد القاضى

(٤) في المخطوطة ٣٩ بالأعجمية .

من لم عرف في هذا اللفظ أولاً . والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عُرِفهم أن « في » ههنا بمعنى « مع » وقع به ثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه ، فإن نوى موجهه عند أهل الحساب فقال القاضي لا يلزمة مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالمجمية ولا يعرف معناها . وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه إذا لم يكن يعرف موجهه فلم يقصد^(١) إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه .

(فصل)

٥٩٨٧

فإن قال أنت طالق طالقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقع ثلاثا في أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث .

ولنا : أن ما لفظ به قبل الإضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله على درهم ، بل درهمان . وقولهم لا يجوز إيقاع ما أوقعه ، قلنا يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره ، فلا يقع الزائد بالشك . قال أحمد : فإن قال : أنت طالق ، لا ، بل أنت طالق ، هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر ، واختار القاضي : أنه يقع طلقتان ، لأنه أراد رفع الأولى ، وإيقاع الثانية ، فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية .

ووجه الأول : أنه لو قال له : على درهم بل درهم واحد ، كذا ههنا ، فعلى هذا القول إن نوى بقوله بل أنت طالق طالقة أخرى وقع اثنتان ، لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين ، فوقع كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وذكر القاضي احتمالاً آخر : أنه لا يقع إلا طالقة ، لأن اللفظ موضوع لواحدة ، فلا يصح أن ينوي به اثنتين قال أحمد : ولو كان له امرأتان ، فقال لإحدهما : أنت طالق ، ثم قال للأخرى : لا ، بل أنت طالق ، طلقتا جميعاً . ووجهه : أنه أوقع طلاق الأولى ، ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى ، فوقع بها ، ولم يرتفع عن الأولى ، وفارق ما إذا قال ذلك لواحدة ، لأن الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية ، كرر الإخبار بها ، ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداها هو طلاق الأخرى . ونظيره في الإقرار ما لو قال له على درهم بل درهم لزمه درهم ، ولو قال له : على درهم بل دينار لزمه جميعاً .

ولو قال : أنت طالق واحدة ، بل هذه ثلاثا ، طلقت الأولى واحدة ، والثانية ثلاثا ولو قال لامرأة غير مدخول بها أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا ، طلقت واحدة ، لأنها بانء بالأولى ، فلم يقع بها ما بعدها ، وإن قال : أنت طالق واحدة ، بل ثلاثا إن دخلت الدار ، ونوى تعاليق الجميع يدخل الدار تعلق ، وإن نوى تعلق الثلاث فحسب وقعت الواحدة في الحال ، وإن أطلق ففيه وجهان .

(١) في المخطوطة ١٨ لم يقصد .

أحدهما : يتعلق الجميع بالشرط ، لأنه بعدهما فيعود إليهما .
والثاني : تقع الواحدة في الحال ، وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار ، لأنه إنما ذكر الشرط عنيهما
فتختص به .

وإن قال : أنت طالق إن دخلت الدار ، بل هذه ، فدخلت الأولى طلقاً ، وإن دخلت الثانية لم تطلق
واحدة منهما ، فإن قال : أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وإن قال :
أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه ، لأنه محتمل لما قاله ، وكان طلاق الأولى وحدها معاقاً
على دخول كل واحدة منهما .

(فصل)

٥٩٨٨

إذا قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك ، أو طالق لا أو طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك ، أو طالق لاشيء ،
أو ليس بشيء ، طلقت واحدة ، لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه ، فلم يصح كاستثناء الجميع ، وإن قال ذلك
خبراً فهو كذب ، لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت ، وهذا مذهب الشافعي . ولا نعلم فيه مخالفاً ، وإن قال :
أنت طالق أولاً ؟ لم يقع لأن هذا استفهام ، فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظاً لإيقاع . وبخلاف
ما قبل ذلك فإنه إيقاع ، وبمحتمل أن يقع ، لأن لفظه لفظ الإيقاع ، لا لفظ الاستفهام ، لكون الاستفهام
يكون بالهمزة أو نحوها ، فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها ، وإن قال : أنت طالق
واحدة أولاً ، فكذلك ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وهو قياس قول الشافعي ، وقال محمد
يقع واحدة ، لأن قوله أولاً يرجع إلى ما يليه من اللفظ ، وهو واحدة دون لفظ الإيقاع ، وليس بصحيح
لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة ، فما اتصل بها يرجع إليها ، فصار كقوله : أنت طالق ، أو لا شيء .

(فصل)

٥٩٨٩

فإن قال : أنت طالق بعد موتى ، أو موتك ، أو مع موتى أو موتك ، لم تطلق ، نعم عليه أحد ،
وبه قال الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً^(١) لأنها تبين بموت أحدهما ، فلا يصادف الطلاق نكاحاً بزبه ،
وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : إذا مات أبي فأنت طالق ، فمات أبوه لم يقع الطلاق ، اختاره القاضي ، لأنه
بالموت يملكها ، فيفسخ نكاحها بالملك ، وهو زمن الطلاق ، فلم يقع كما لو قال : أنت طالق مع موتى ،
واختار أبو الخطاب أنه يقع ، لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك ، فيوجد
الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ ، فيثبت حكمه ، وإن قال إن اشتريتك فأنت طالق ، ثم اشتراها خرج
على الوجهين ، وإن قال الأب إذا مات فأنت حرة ، وقال الابن : إذا مات أبي فأنت طالق ، وكانت تخرج من

(١) في المخطوطة ١٨ . خلافاً

الثالث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معاً، وإن لم يخرج من الثالث. فإن بعضها ينتقل إلى الورثة، فبذلك الابن جزءاً منها يفسخ به النكاح، فيكون كملك جميعها، في فسخ النكاح، ومنع وقوع الطلاق. فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبغي على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فإن قلنا هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها، فلم يقطع الطلاق وإن قلنا هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق. وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه. فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة، فهو كالمولم يكن عليه دين في فسخ النكاح، وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثالث بعد أداء الدين عتقت وطلقت، وإن لم يخرج من الثالث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه.

(فصل)

٥٩٩٠

في مسائل تنبني على نية الخالف وتأويله. إذا قال: إن لم تخبرني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق، أو أكل تمرأ فقال إن لم تخبرني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك فإنها تعد له عدداً يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف، فتعد ذلك كله ولا يحنث، إذا كانت نية ذلك، وإن نوى الإخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك، وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضاً لأن ظاهر حال الحلف إرادته فتعصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التي تنصرف اليمين إلى مسماها عرفاً دون مسماها حقيقة ولو أكل تمرأ فقال: إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق، فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها، وإن وقفت في ماء جار خلف عليها إن خرجت منه أو قت فيه فأنت طالق، فقال القاضي: قياس المذهب أنه يحنث، إلا أن ينوى عين الماء الذي هي فيه، لأن اطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه:

وقال أبو الخطاب: لا يحنث، لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها، وصارت في غيره، فلم يحنث، سواء أقامت أو خرجت، لأنها إنما تقف في غيره، أو تخرج منه، وكذلك قال القاضي في المجرد، وهو مذهب الشافعي، لأن الأيمان عندهم تنبني على اللفظ لا على القصد، وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها، ولو قال إن كانت امرأتى في السوق فعبدى حر، وإن كان عبدى في السوق فامرأتى طالق، فكأننا جميعاً في السوق، فقيل: يعتق العبد، ولا تطلق المرأة، لأنه لما حنث في اليمين الأولى عتق العبد، فلم يبق له في السوق عبد، ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعاقبت اليمين بعينه دون صفته، كن

قال : إن كنت عبدى سعداً فأنت طالق ، ثم أعتقه وكأته طالقت ، فكذلك ههنا ، لأن يمينه تعاقبت بعبد معين وإن لم يرد عبداً بيمينه لم تطلق المرأة ، لأنه لم يبق له عبد فى السوق .

ولو كان فى فيها ثمرة فقال : أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أمسكتها ، فأكلت بعضها وأتت بعضها لم يحنث ، إلا على قول من قال : إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه ، وإن نوى الجميع لم يحنث بحال ولو كانت عنده ودیعة لإنسان فأحلفه ظالم أنه ليس لفلان عندك ودیعة فإنه يحلف ما لفلان عندى ودیعة ، وبنوى بما (الذى)^(١) ، ويبر فى يمينه ، وكذلك لو سرقت امرأته منه شيئاً خلف عليها بالطلاق لتصدقنى أمرقت منى أم لا ؟ وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك ، وتعنى الذى سرقت منك ، ولو استحلفه ظالم هل رأيت فلاناً أولاً ؟ فإنه يعنى برأيت أى ضربت رثته وذكرته أى قطعت ذكره . وما طلبت منه حاجة أى الشجرة التى حبسها الحاج ، ولا أخذت منه قرطوباً يعنى القباء ، ولا حصيراً وهو الحبس ، وأشباه هذا فتى لم يكن ظالماً خلف وعنى به هذا تعاقبت يمينه بما عناه .

ولو كانت له امرأة على درجة خلف عليها أن لا تنزل عنها ولا تصعد منها ، ولا تقف عليها فإنها تنقل عنها إلى سلم آخر ، وتنزل إن شاءت أو تصعد ، أو تقف عليه ، لأن نزولها إنما حصل من غيرها ، وإن كان فى يمينه ولا انتقلت عنها ، فإنها تحمل مكرهه ، ولو كان فى سلم وله امرأتان إحداها فى الغرفة والأخرى فى البيت السفلى ، خلف لاصعدت الى هذه ولا نزلت إلى الأخرى ، فإن السفلى تصعد وتنزل العليا ، ثم ينزل إن شاء أو يصعد .

(فصل)

٥٩٩١

قال عبد الله بن أحمد : سألت أبى عن رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أجامعك اليوم ، وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم ؟ قال : يصلى العصر ، ثم يجامعها ، فإذا غابت الشمس اغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت المجامعة ، وقال فى رجل قال لامرأته : أنت طالق إن لم أطأك فى رمضان ، فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها ؟ قال : لا يجنبى ، لأنها حيلة ، ولا تعجبى الحيلة فى هذا ، ولا فى غيره . قال القاضى إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذى يبيح الفطر أن يكون سفرأ مقصوداً مباحاً ، وهذا لا يقصد به غير حل اليمين ، والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ، ويباح له الفطر فيه ، لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح ، وإرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة ، وقد أبجنا لمن له طريقان قصيرة لا تقصر فيها الصلاة وبعيدة أن يسلك البعيدة ، ليقصر فيها الصلاة ، ويفطر ، مع أنه لا قصد له سوى الترخص فههنا أولى .

(١) أى : انها اسم موصول يعنى الذى .

كتاب الرجعة

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله سبحانه : « وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ — إلى قوله — وَبِعُورَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ^(١) » والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير ، وقال تعالى : « وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَكُمْ مِنْ أَجْلِهِنَّ قَاءٌ مَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ^(٢) » أي بالرجعة ومعناه إذا قاربن بلوغ أجلهن ، أي انقضاء عدتهن ، وأما السنة فما روى ابن عمر قال : « طَلَقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ ، فَسَأَلَ عُمَرُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : مَرَّةٌ فَلْيَرْجِعْهَا » متفق عليه . وروى أبو داود عن عمر قال : « إِنْ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا » وأجمع أهل العلم أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث ، أو العبد إذا طلق دون الاثنين ، أن لها الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر .

﴿ مسألة ﴾

٥٩٩٢

قال ﴿ والزوجة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنان من العبد ﴾

أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها . وذلك لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله سبحانه : « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ^(٣) » فبين الله سبحانه أنه لا عدة عليها فتبين بمجرد طلاقها ، وتصير كالدخول بها بعد انقضاء عدتها ، لا رجعة عليها ، ولا نفقة لها ، وإن رغب مطلقها فيها فهو خاطب من الخطاب ، يتزوجها برضاها بنكاح جديد ، وترجع إليه بطلقتين ، وإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف بين أهل العلم ، وإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره في قول أكثر أهل العلم ، وقد ذكرنا ذلك فيما مضى .

ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثاً بعد الدخول لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لقوله الله سبحانه : « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ^(٤) » وروى عائشة « أن رفاة القرظي طلق امرأته فبث طلاقها فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٢) سورة البقرة آية ٢٣١
(٤) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٣) سورة الأحزاب آية ٤٩ .

فقالت : إنها كانت عند رفاة فطامها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن زبير ، وإنه والله مامعه إلا مثل هذه المدة . وأخذت بهدية من جلبابها ، قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا ، وقال : لعلك تريدن أن ترجعي إلى رفاة ؟ لا ، حتى يذوق عسيلتك « متفق عليه » ، وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه . وجهه ورأى أهل العلم على أنها لا تحمل الأول حتى يطأها الزوج الثاني وطئا يوجد فيه . اتقاء الطائنين ، إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال : إذا تزوجها تزوجا صحيحا لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها الأول . قال ابن المنذر لا نعلم أحدا من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(١) ومع تصريح النبي صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى ، وأنها لا تحمل الأول حتى يذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته ، لا يرجع على شيء سواه ، ولا يسوغ لأحد الصير إلى غيره ، مع ما عليه جملة أهل العلم ، منهم : علي بن أبي طالب ، وابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وعائشة ، رضى الله عنهم . ومن بعدهم مسروق ، والزهرى ، ومالك ، وأهل المدينة ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، والشافعى ، وأبو عبيدة ، وغيرهم .

٥٩٩٣

(فصل)

ويشترط لحالها للأول ثلاثة شروط :

أحدها : أن تنكح زوجا غيره ، فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم يحلها ، لقول الله تعالى : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(٢) وهذا ليس بزواج ، ولو وطئت بشبهة لم تبح لما ذكرنا ، ولو كانت أمة فاستبرأها مطلقا لم يحل وطؤها في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعى تحل له ، لأن الطلاق يختص الزوجية ، فأثر في التحريم بها ، وقول الله تعالى : « فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(٣) صريح في تحريمها^(٤) ، فلا يعمل على ما خالفه ، ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرما مباحا ، فسقط هذا .

الشرط الثانى : أن يكون النكاح صحيحا ، فإن كان فاسدا لم يحلها الوطء فيه . وبهذا قال الحسن ، والشمسي ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، والشافعى في الجديد ، وقال في القديم : يحلها ذلك ، وهو قول الحكم ، وخرجه أبو الخطاب وجهاً في المذهب ، لأنه زوج فيدخل في عموم النص ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لمن الحلال والمحلل له ، فسماء محملا مع فساد نكاحه .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٢) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٣) سورة البقرة آية ٢٣٠

(٤) فى المخطوطة ١٨ : التحريم .

ولنا: قول الله تعالى: « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(١) وإطلاق النكاح يقتضى [النكاح] الصحيح ولذلك لو حان لا يتزوج فتزوج تزويجاً فاسداً لم يحنث ، ولو حلف ليزوجن لم يبرّ بالتزوج الفاسد ، ولأن أكثر أحكام الزوج غير ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظهار والإبلاء والنفقة وأشبه ذلك ، وأما تسميته محللاً فلقصد التحليل فيما لا يحل ، ولو أحل حقيقة ما لم يحنث ولا لعن المحل له ، وإنما هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم :^(٢) « مَا آمَنَ بِالْقُرْآنِ مِنْ امْتَحَلْ مُحَارَمَهُ » وقال الله تعالى : « يَحِلُّ لَهُ عَامًّا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًّا »^(٣) . ولأنه وطء في غير نكاح صحيح ، أشبه وطء الشبهة .

الشرط الثالث : أن يطأها في الفرج ، فلو وطأها دونه أو في الدبر لم يحلها ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علّق الحل على ذوق المسيلة منهما ، ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج ، وأدناه تغييب الحشفة في الفرج ، لأن أحكام الوطء تتعلق به . ولو أوج الحشفة من غير انتشار لم تحل له ، لأن الحكم يتعلق بذواق المسيلة ، ولا تحصل من غير انتشار ، وإن كان الذكر مقطوعاً فإن بقي منه قدر الحشفة فأولجها أحلها وإلا فلا . فإن كان خصياً أو مسلولاً أو موجوئاً حلت بوطئه ، لأنه يطاق كالنعل ، ولم يفقد إلا الإزال ، وهو غير معتبر في الإحلال ، وهذا قول الشافعى .

قال أبو بكر : وقد روى عن أحمد في الخصى أنه لا يحلها ، فإن أبا طالب سأله في المرأة تزوج الخصى^(٤) تستحل به ؟ [زوجها] قال : لا ، خصى يذوق المسيلة ؟ قال أبو بكر : والعمل على ما رواه مهنا : أنها تحل ، وزوجه الأول : أن الخصى لا يحصل منه الإنزال ، فلا ينال لذة الوطء ، فلا يذوق المسيلة ، ويحتمل أن أحمد قال : ذلك ، لأن الخصى في الغالب لا يحصل منه الوطء ، أو ليس بمظنة الإنزال ، فلا يحصل بوطئه ، كالوطء من غير انتشار .

(فصل)

٥٩٩٤

واشترط أصحابنا : أن يكون الوطء حلالاً ، فإن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام من أحدهما أو منهما ، أو أحدهما صائماً فرضاً لم تحل . وهذا قول مالك ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى ، فلم يحصل به الإحلال كوطء المرتدة ، وظاهر النص حلها ، وهو قوله تعالى : « حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ »^(٥) . وهذه قد نكحت زوجاً غيره ، وأيضاً قوله عليه السلام : « حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ، ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء ، على سبيل التمام ، فأحلها كالوطء الحلال ، وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة ، أو وطئها مريضاً [بحيث] يضرها الوطء ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى . وهو مذهب أبى حنيفة ، والشافعى .

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ . (٢) أخرجه الترمذى عن صهيب . (٣) سورة النوبة آية ٣٧ .

(٤) في المخطوطة ٢٠ ، ٣٩ : خصياً . (٥) سورة البقرة آية ٢٣٠ .

وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سواء وطنها في حال ردتها أو ردتها ، أو وطئ المرتدة المسلمة^(١) ، لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام تبين أن الوطء في غير نكاح ، وإن عاد إلى الإسلام في العدة فقد كان الوطء في نكاح غير تام ، لأن سبب البينونة حاصل فيه ، وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر ، لم يحلها لذلك .

(فصل)

٥٩٩٥

فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها ، وبذلك قال عطاء ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم لهم مخالفا ، ولأنه دخل في عموم النص ، ووطؤه كوطء الحر ، وإن تزوجها مراهق فوطئها أحلها في قولهم ، إلا مالكا ، وأبا عبيد ، فإنهما قالا : لا يحلها ، ويروى ذلك عن الحسن ، لأنه وطء من غير بالغ ، فأشبهه وطء الصغير .

ولنا : ظاهر النص ، وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح ، فأشبهه البالغ . ويخالف الصغير ، فإنه لا يمكن الوطء منه ، ولا تذاق عسيلته ، قال القاضي : ويشترط أن يكون له إئنا عشر سنة ، لأن من دون ذلك لا يمكنه الجماع ، ولا معنى لهذا ، فإن الخلاف في الجماع ، ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود ، فلا معنى لاعتبار سن ماورد الشرع باعتبارها ، وتقديره بمجرد الرأي والتحكم . وإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذي أحلها لمطلقها المسلم . نص عاينه أحمد ، وقال : هو زوج ، وبه تجب الملاءمة والقسم ، وبه قال الحسن ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال ربيعة ، ومالك : لا يحلها .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام ، أشبهه وطء المسلم ، وإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها ، وقال أبو عبد الله بن حامد : لا يحلها ، لأنه لا يذوق العسيلة .

ولنا : ظاهر الآية ، ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح ، أشبهه العاقل ، وقوله : لا يذوق العسيلة لا يصح ، فإن المجنون إنما هو نطفية العقل . وليس العقل شرطاً في الشهوة وحصول اللذة بدليل البهائم . لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والعمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ، ولا بوطء مجنونة في هذه الحال ، لأنه لا يذوق العسيلة ، ولا تحصل له لذة ، ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله . فلا يكون ههنا اختلافاً ، ولو وطئ مغمى عليها^(٢) أو نائمة لا نجس بوطئه فينبغي لا تحل بهذا لما ذكرناه وحكامه ابن المنذر ، ويحتمل حصول الحل في ذلك كله أخذاً من عموم النص والله أعلم .

(٢) في المخطوطة ٣٩ : للمغمى عليها .

(١) في المخطوطة ١٨ : مسلمة .

(فصل)

٥٩٩٦

ولو وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبيته ، أو ظنها جاريته فوطئها فإنها هي امرأته أحلها ، لأنه صادف نكاحاً صحيحاً . ولو وطئها فأفضاها ، أو وطئها وهي مريضة تنضرر بوطئها أحلها ، لأن التحريم ههنا لحقها ، وإن استدخلت^(١) ذكره وهو نائم أو مغشى عليه لم تحل ، لأنه لا يذوق عسلتها ، ويحتمل أن تحل ، للمعوم الآية والله أعلم .

﴿مسألة﴾

٥٩٩٧

قال ﴿ وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث فله عليها الرجعة ما كانت في العدة ﴾ أجمع أهل العلم على أن الحر إن طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث بغير عرض ولا أمر يقتضى بينونهما فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها ، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها لما ذكرنا في أول الباب . وإن طلق الحر امرأته الأمة فهو كطلاق الحرة ، إلا أن فيه خلافاً ذكرناه فيما مضى ، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال ، فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثاً كالحرية .

(فصل)

٥٩٩٨

ولا يعتبر في الرجعة رضی المرأة لقول الله تعالى : « وَبِمَوْلَاهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا »^(٢) فجعل الحق لهم وقال سبحانه : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ »^(٣) فخطب الأزواج بالأمر ، ولم يجعل لمن اختاراً ، ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك ، كالتى في صلب نكاحه ، وأجمع أهل العلم على هذا .

(فصل)

٥٩٩٩

والرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ولعانه ، ويرث أحدهما صاحبه بالإجماع ، وإن خالها صح خلعها ، وقال الشافعى في أحد قوليه . لا يصح ، لأنه يراد للتحريم وهي محرمة . ولنا : أنها زوجة صح طلاقها ، فصح خلعها ، كما قبل الطلاق ، وليس مقصود الخلع التحريم ، بل الخلاص من مضرة الزوج ، ونكاحه الذى هو سببها ، والنكاح باق ، ولا نأمن رجوعه ، وعلى أننا نمنع كونها محرمة .

(فصل)

٦٠٠٠

وظاهر كلام الخرق أن الرجعية محرمة لقوله : « وإذا لم يدر أو واحدة طلق أم ثلاثاً ؟ فهو متيقن للتحريم

(٣) سورة البقرة آية ٢٣١

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

(١) في المخطوطة ٢٠ أدخلت

شاك في التحليل . وقد روى عن أحد ما يدل على هذا . وهو مذهب الشافعى ، وحكى ذلك عن عطاء ، ومالك ، وقال القاضى : ظاهر المذهب أنها مباحة . قال أحد فى رواية أبى طالب : لا تحتجب عنه . وفى رواية أبى الحارث : تشرف له ما كانت فى العدة . فظاهر هذا أنها مباحة له ، له أن يسافر بها ، ويخلو بها ، ويوطؤها . وهذا مذهب أبى حنيفة لأنها فى حكم الزوجات ، فأبيحت له كما قيل فى الطلاق .

ووجه الأولى أنها طلقه واقعة ، فأثبتت التحريم كالتي بموض ، ولا خلاف فى أنه لا حد عليه بالوطء . ولا ينبغي أن يلزمه مهر ، سواء راجع أو لم يراجع ، لأنه وطئ زوجته التى يباح لها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ، ويفارق ما لو وصى الزوج بعد إسلام أحدهما فى العدة حيث يجب للمهر إذا لم يسلم الآخر فى العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما ، وهى فرقة فسخ تبين به من نكاحه ، فأشبهت التى أَرْضعت من يَنْفَسَخ نكاحها برضاها . وفى مسائلنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا ، وقال أبو الخطاب : إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرّمها ، وهو المنصوص عن الشافعى ، لأنه وطئ حرّمه الطلاق ، فوجب به المهر كوطء البائن والفرق ظاهر ، فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته ، وقياس الزوجة على الأجنبية فى الوطء وأحكامه بعيد .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٠١

قال ﴿ وللعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث ﴾

أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها ، فإن طلقها ثانية فلا رجعة له ، سواء كانت امرأته حرة أو أمة ، لأن طلاق العبد اثنان . وفى هذا خلاف ذكرناه فيما مضى .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٠٢

قال ﴿ ولو كانت حاملا بائنين فوضعت أحدهما فله مراجعتها ما لم تضع الثانى ﴾

هذا قول عامة العلماء ، إلا أنه حكى عن عكرمة أن العدة تنقضى بوضع الأول ، وما عليه سائر أهل العلم أصح ، فإن العدة لا تنقضى إلا بوضع الحمل كله ، لقول الله تعالى : « وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ » ^(١) واسم الحمل متناول لكل ما فى البطن ^(٢) فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقى الحمل ، فتبقى الرجعة ببقائها ، ولو انقضت العدة بوضع الحمل لحل لها الزويج وهى حامل من زوج آخر ، ولا قائل به . وأظن أن قتادة ناظر عكرمة فى هذا فقال عكرمة تنقضى عدتها بوضع أحد الولدين ، فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال . لا . قال : خصم العبد . ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقىه صح . لأنها لم تضع جميع حملها ، فصارت كمن ولدت أحد الولدين .

(١) سورة الطلاق آية ٤ (٢) فى المخطوطة ٢٠ يتناول كل ما فى البطن .

٦٠٠٣

(فصل)

إذا انقطع حيض المرأة في المرة الثالثة ولما تنفسل . فهل تنقضى عدتها بطهرها ؟ فيه ووايتان ذكرهما ابن حامد .

إحداهما : لا تنقضى عدتها حتى تنفسل ، ولزوجها رجعتها في ذلك ، وهذا ظاهر كلام الخرق فإنه قال في العدة : فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج ، وهذا قول كثير من أصحابنا . وروى ذلك عن عمر ، وعلى ، وابن مسعود ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، وأبي عبيد . وروى نحوه عن أبي بكر الصديق ، وأبي موسى ، وعبادة ، وأبي الدرداء . وروى عن شريك : له الرجعة وإن فرطت في الفسل عشرين سنة . ووجه هذا : قول من سمينا من الصحابة ، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم ، فيكون إجماعاً ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالفسل ، وكذلك هذا .

والرواية الثانية : أن العدة تنقضى بمجرد الطهر قبل الفسل . وهو قول طاوس ، وسعيد بن جبير ، والأوزاعي ، واختاره أبو الخطاب ، لقوله تعالى « وَالطَّلَائِنَاتُ يُتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ^(١) » والقرء : الحيض . وقد زالت ، فيزول التربص ، وفيما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وقرء الأمة حيضتان ^(٢) » . وقال : « دعى الصلاة أيام أفرائك ^(٣) » . يعنى : أيام حيضك . ولأن انقضاء العدة يتعلق به بينوتها من الزوج ، وحلها لفبره ، فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بفبر تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ، ولأنها لو تركت الفسل اختياراً أو لجنون أو نحوه لم تحل ، إما أن يقال بقول شريك : أنها تبقى معتدة ، ولو بقيت عشرين سنة . وذلك خلاف قول الله : « ثلاثة قروء » فإنها تصبح عدتها أكثر من مائتي قرء ، أو يقال : تنقضى العدة قبل الفسل ، فيكون رجوعاً من قولهم ، ويحمل قول الصحابي في قولهم حتى تنفسل ، أى يلزمها الفسل .

٦٠٠٤

(فصل)

إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدتها من الأول بوطء الثاني . وهل يملك الزوج رجعتها في عدة الحمل ؟ يحتمل وجهين .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٨

(٢) أخرجه الدارقطني عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « طلاق العبد اثنتان وقرء الأمة حيضتان » وهو ضعيف (ف) .

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي من حديث فاطمة بنت أبي حبيش (ف)

أولاهما : أنه له رجعتها ، لأنها لم تنقض عدتها ، فحكم نكاحه باقٍ يلحقها طلاقه وظهاره ، وإنما انقطعت عدته لمارض ، فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه ، فلانها تحرم عليه ، وتبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته ، فلذلك قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها .

والوجه الثاني : ليس له رجعتها ، لأنها ليست في عدته ، فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني . وبذت على ما مضى من عدة الأول ، وله ارتجاعها حينئذ وجهاً واحداً ، ولو كانت في نفاسها ، لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول ، وإن لم تحسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضاً . فإن له رجعتها في حيضتها ، وإن كانت لا تعتد بها ، وإن حملت حملاً يمكن أن يسكن منهنها فملى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني إذا راجعها في هذا الحمل . ثم بان أنه من الثاني لم يصح ، وإن بان من الأول احتمل أن يصح ، لأنه راجعها في عدتها منه .

واحتمل ألا يصح ، لأنه راجعها مع الشك في إباحة الرجعة . والأول أصح ، فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها ، وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينيها فصلّى خمس صلوات ، فإن كل صلاة يشك في أنها هل هي المذمومة أو غيرها . ولو شك في الحدث فقطهر بنوى رفع الحدث صحّ طهارته . وارتفع حدثه فهنا أولى ، فإن راجعها بعد الوضع وبان أن الحمل من الثاني . صحّت رجعته ، وإن بان من الأول لم تصح الرجعة ، لأن المدة انقضت بوضعه .

﴿مسألة﴾

٦٠٠٥

قال ﴿والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين : اشهدا أني قد راجعت امرأتى ، بلاولى يحضره ، ولا صداق يزيد ، وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أنه تجوز الرجعة بلا شهادة﴾

وجملته : أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ، ولا [إلى] رضی المرأة ولا علمها ، بإجماع أهل العلم ، لما ذكرنا من أن الرجعية في أحكام الزوجات ، والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ، ولهذا سمي الله سبحانه وتعالى الرجعة إمساكاً ، وتركها فراقاً وسراحاً ، فقال : « فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ^(١) » وفي آية أخرى : « فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ ^(٢) » وإنما تشعث النكاح بالطلقة ، وانعقد بها سبب زواله ، فالرجعة تزيل شعثه ، وتقطع مضيه إلى البينونة ، فلم يحتاج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح ، فأما الشهادة ففيها روايتان :

إحدهما : تجب ، وهذا أحد قولي الشافعي ، لأن الله تعالى قال : « فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ^(٣) » وظاهر الأمر الوجوب ، ولأنه استباحة بضع مقصود ، فوجبت الشهادة فيه كالنكاح ، وعكسه البيع .

(٣) سورة الطلاق : ٢

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٩

(١) سورة الطلاق آية ٢

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة ، وهى اختيار أبى بكر ، وقول مالك ، وأبى حنيفة . لأنها لا تفتقر إلى قبول ، فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع ، وعند ذلك يحمل الأمر على الاستحباب ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة للإشهاد . فإن قلنا هى شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح ، لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الإقرار بها ، إلا أن يقصد بذلك الإفراز الارتجاع فيصح .

(فصل)

٦٠٠٦

وظاهر كلام الخرقى : أن الرجعة لا تحصل إلا بالقول بقوله : « المراجعة أن يقول » وهذا مذهب الشافعى ، لأنها استباحة بضع مقصود ، أمر بالإشهاد فيه ، فلم تحصل من القادر بغير قول كالنسكاح ، ولأن غير القول فعل من قادر على القول ، فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق ، وهذا لإحدى الروايتين عن أحمد .

والرواية الثانية : تحصل الرجعة بالوطء ، سواء نوى به الرجعة^(١) أو لم ينو ، اختارها ابن حامد والفاضى وهو قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ، والثورى ، والأوزاعى ، وابن أبى ليلى ، وأصحاب رأى . قال بعضهم : ويشهد ، وقال مالك ، وإسحاق : تكون رجعة إذا أراد به الرجعة ، لأن هذه مدة تفضى إلى يئفونة فترتفع بالوطء كدة الإيلاء ، ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ، ومعه خيار ، فتصرف المالك بالوطء يمنع عمله كوطء البائع الأمة المبيمة فى مدة الخيار ، وذكر أبو الخطاب أننا إذا قلنا الوطء مباح حصلت الرجعة به ، كما ينقطع به التوكيل فى طلاقها ، وإن قلنا هو محرم لم تحصل الرجعة به ، لأنه فعل محرم ، فلا يكون سبباً للحل كوطء المحلل .

(فصل)

٦٠٠٧

فأما إن قبلها أو لمسه لشهوة أو كشف فرجها ونظر إليه ، فالنصوص عن أحمد أنه ليس برجعة ، وقال ابن حامد : فيه وجهان .

أحدهما : هو رجعة ، وهذا قول الثورى ، وأصحاب رأى ، لأنه استمتاع يستباح بالزوجة^(٢) ، فحصلت الرجعة به كالوطء .

والثانى : أنه ليس برجعة ، لأنه أمر لا يتعلق به بإيجاب عدة ولا مهر ، فلا تحصل به الرجعة كالنظر .

(١) فى ٣٩ : رجعة .

(٢) فى النسخ (بالزوجة) والصواب بالزوجة كما فى الشرح الكبير ص ٤٧٦ (ف) .

فأما الخلوة بها فليس^(١) برجعة ، لأنه ليس باستمتاع ، وهذا اختيار أبي الخطاب ، وحكى عن غيره من أصحابنا أن الرجعة تحصل به ، لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع . والصحيح أنه لا تحصل الرجعة بها ، لأنها لا تبطل اختيار المشتري للأمة ، فلم تكن رجعة كاللمس لغير شهوة ، فأما اللمس لغير^(٢) شهوة والنظر لذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبه الحديث معها .

(فصل)

٦٠٠٨

فأما القول فتحصل به الرجعة بغير خلاف وألفاظ راجعتك ، وارتجعتك ، ورددتك ، وأمسكتك ، لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فأرد والإمسك ورد بهما الكتاب بقوله سبحانه : (وَبُعِثُوا لَكُمْ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ)^(٣) وقال : (فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ)^(٤) يعنى الرجعة . والرجعة وردت بها السنة بقول النبي صلى الله عليه وسلم^(٥) « سره فليراجعها » وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاستهارة اسم الطلاق فيه فلم يسمونها رجعة والمرأة رجعية ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق ، والاحتياط أن يقول : راجعت امرأتى إلى نكاحى أو زوجتى أو راجعتها لما وقع عليها من طلاق ، فإن قال نكحتها أو تزوجتها فهذا ليس بصريح فيها لأن الرجعة ليست بنكاح ، وهل تحصل به الرجعة ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا تحصل به الرجعة لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود ولا تحصل بالكناية كالنكاح . والثانى : تحصل به الرجعة أو ما إليه أحد واختاره ابن حامد لأنه تباح به الأجنبية فالرجعية أولى . وعلى هذا يحتاج أن ينوى به الرجعة لأن ما كان كناية تعبر له النية ككنايات الطلاق .

(فصل)

٦٠٠٩

فإن قال راجعتك للمحبة أو قال للإهانة أو قال أردت أننى راجعتك لمحبتى إليك أو لإهانة لك صحت الرجعة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قال أردت أننى كنت أهنتك ، أو أحبك ، وقد رددت بك بفراقى إلى ذلك ، فليس برجعة . وإن أطلق ولم ينو شيئاً صحت الرجعة . ذكره القاضى ، لأنه أتى بصريح الرجعة ، وضم إليه ما يحتمل أن يكون بياناً لسببها ، ويعتدل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك ، وهذا مذهب الشافعى .

(٢) فى ٢٠ : بغير .

(١) فى ٢٠ : فليست .

(٤) سورة الطلاق : ٢ .

(٣) سورة البقرة : ٢٢٨ .

(٥) رواه الجماعة إلا البخارى من حديث ابن عمر (ف) .

٦٠١٠

(فصل — ل)

ولا يصح تعليق الرجعة على شرط ، لأنه استباحة فرج مقصود ، فأشبهه النكاح ، ولو قال : راجعتك إن شئت لم يصح كذلك ، ولو قال : كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح كذلك ، ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة ، فأشبهه الطلاق قبل النكاح ، وإن قال : إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح ، لأنه تعليق على شرط .

٦٠١١

(فصل — ل)

فإن راجعها في الردة من أحدهما فذكر أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو صحيح مذهب الشافعي ، لأنه استباحة بضع مقصود ، فلم يصح مع الردة كالتكاح ولأن الرجعة تقرير النكاح ، والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال القاضي : إن قنا تتمجل الفرقة بالردة لم تصح رجعة ، لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتمجل الفرقة فالرجعة موقوفة ، إن أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة ، لأننا تبيننا أنه ارتجعها في نكاحه ، ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة ، كقولهم يطلق ، وإن لم يعلم في العدة تبيننا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة ، وهذا قول المزني ، واختيار أبي حامد ، وهذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد إسلام أحدهما .

٦٠١٢

(مسألة — ل)

قال ﴿ وإذا قال : قد ارتجعتك فقالت : قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها ما ادعت من ذلك ممكنا ﴾

وجملة ذلك : أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في مدة يمكن انقضاؤه فيها قبل قولها ، لقول الله تعالى « وَلَا يَحِلُّ لَكُنَّ أَنْ يَكْتُمَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ » ^(١) قيل في التفسير هو الحيض والحمل ، فلو أن قولهن مقبول لم يحرجن بكتمانهن ، ولأنه أمر تختص بمعرفته ، فكان القول قولها فيه ، كالنية من الإنسان فيما تعبر فيه النية ، أو أمر لا يعرف إلا من جهتها ، فقبل قولها فيه ، كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأما ما تنقض به العدة فلا يخلو من ثلاثة أقسام .

٦٠١٣

القسم الأول

أن تدعى انقضاء عدتها بالقروء ، وأقل ذلك ينبغي على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين ، وعلى الخلاف في القروء ، هل هي الحيض أو الأطهار ؟ فإن قلنا : هي الحيض ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما ، فأقل ما تنقض به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة ، وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ، ثم تحيض بعده يوما وليلة ، ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ، ثم تحيض يوما وليلة ، ثم

ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض ، وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضها ، ولو صادفتها رجعه لم تصح .

ومن اعتبر الفسل في قضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الفسل فيه بعد انقطاع الحيض .

وإن قلنا القراء الحيض والطهر خمسة عشر يوماً ، فأقل ما تنقضي به العدة ثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة تزيد أربعة أيام في الطهرين . وإن قلنا القراء الأطهار ، وأقل الطهر ثلاثة عشر يوماً ، فإن عدتها تنقضي ثمانية وعشرين يوماً لحظتين ، وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها ، فتحتسب بها قرءاً ، ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوماً ، وينسبها حيضتين يومين ، فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوماً زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين ، فيكون اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين : وهذا قول الشافعي ، فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوماً ولحظة على الوجه الأول ، وتسعة عشر يوماً ولحظة على الوجه الثاني ، وبأربعة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الثالث ، وستة عشر يوماً ولحظتين على الوجه الرابع ، فتى ادعت انقضاء عدتها بالقراء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها .

وإن ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها إلا ببينة . لأن شريحاً قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر ، وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث ، وتغتسل عند كل قرء وتصلى ، فقد انقضت عدتها ، وإلا فهي كاذبة ، وقال له على بن أبي طالب : قالون ، ومعناه بالرومية أصبت ، أو أحسنت ، فأخذ أحمد بقول على في الشهر ، فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث . ^(١) « إن المرأة ائتمنت على فرجها » ، ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض ينذر ^(٢) جداً ، فرجح ببينة ، ولا يتندر فيما زاد على الشهر كندرتة فيه ، فقبل قولها من غير بينة ، وقال الشافعي : لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ، ولا يقبل في أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور عنده أقل من ذلك .

وقال النعمان ^(٣) : لا تصدق في أقل من ستين يوماً ، وقال صاحباه : لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوماً ، لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام ، فثلاث حيض تسعة أيام ، وطهران ثلاثون يوماً ،

(١) في تفسير القرطبي ج ٣ ص ١١٨ « قال سليمان بن يسار : لم تؤمر أن تفتح النساء فتنظر إلى فروجهن ولكن وكل ذلك إليهن إذا كن مؤتمنات » اه ولم أعثر عليه مرفوعاً (ف) .

(٢) في ٣٩ : نادر . (٣) في ٢٠ : أبو حنيفة .

والخلاف في هذا ينبغي على الخلاف في أدل الحيز وأقل العاهر ، وفي القروء ما هي وقد سبق .
ومما يدل عليه في الجملة قبول على وشريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ، ولولا نظوره لما قبلت عليه بيعة ، ولا سمعت فيه دعوى ، ولا يتصور إلا بما قلناه ، فأما إن ادعت انقضاء العدة في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ، ولا يصحى إلى بينتها ، لأننا نعلم كذبها ، فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا ، فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها ، لأنها تدعى محالا ، وإن ادعت أنها انقضت عدتها في هذه المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها ، لأنه أمكن صدقها ، ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمريضة ، والمسلمة والكافرة ، لأن ما يقبل فيه قول الإنسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله ، كإخباره عن بيعة فيما تعتبر فيه بيعة .

(القسم الثاني)

٦٠١٤

أن تدعى انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل التام ، أو أنها أسقطته قبل كماله ، فإن ادعت وضعه لتام فلا يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد ، لأنه لا يكل في أقل من ذلك وإن ادعت أنها أسقطته لم يقبل قولها في أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ، لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما ، لأنه يكون نطفة أربعين يوما ، ثم يكون علة أربعين يوما ، ثم يصير مضافة بعد الثمانين . ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضافة بحال وهذا ظاهر قول الشافعي .

(القسم الثالث)

٦٠١٥

أن تدعى انقضاء عدتها بالشهور ، فلا يقبل قولها فيه ، لأن الخلاف في ذلك ينبغي على الاختلاف في وقت الطلاق ، والقول قول الزوج فيه ، فيكون القول قوله فيما ينبغي عليه إلا أن يدعى الزوج انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها ، مثل أن يقول [لها] : طلقك في شوال ، فتقول هي : بل في ذي الحجة ، فالقول قولها ، لأنه يدعى ما يسقط النفقة ، والأصل وجوبها ، فلا يقبل إلا ببينة . ولو ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها ، لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ .

ولو انعكست الدعوى فقال : طلقك في ذي الحجة فلي رجعتك ، فقالت بل طلقني في شوال فلارجمة لك ، فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء نكاحه ، ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه ، فكذلك في وقته . إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرق : عليها اليمين ، وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد وقد أوما إليه أحمد ، في رواية أبي طالب .

وقال القاضى : قياس المذهب ألا^(١) يجب عاينها يمين وقد أوما إليه أحد ، فقال : لا يمين فى نكاح ولا طلاق وهو قول أبى حنيفة ، لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا يستحاف فيها كالحُدود . والأول أولى ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «اليمين على المدعى عليه»^(٢) ولأنه حق آدمى يمكن صدق مدعيه ، فيجب اليمين فيه كالأموال فإن نسكت عن اليمين فقال القاضى : لا يقضى بالنكول ، لأنه مما لا يصح بذله ، ويحتمل أن يستحلف الزوج ، وله رجعتها بناء على القول برد اليمين على المدعى ، وذلك لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج ، وقوى جانبه ، واليمين تشرع فى حق من قوى جانبه ، ولذلك شرعت فى حق المدعى عليه ، لقوة جانبه باليد فى الدين ، والأصل براءة الذمة فى الدين ، وهذا مذهب الشافعى .

(فصل)

٦٠١٦

وإذا ادعى الزوج فى عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعى ، وأصحاب الرأى وغيرهم ، وإن قال بعد انقضاء عدتها : كنت راجعتك فى عدتك ، فأنكرته فالقول قولها بإجماعهم ، لأنه ادعاها فى زمن لا يملكها ، والأصل عدمها وحصول البينونة ، فإن كان اختلافهما فى زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتى فقال قد كنت راجعتك فأنكرته ، لم يقبل قوله ، لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها ، فلم تقبل .

فإن سبقها بالدعوى فقال : قد كنت راجعتك أمس ، فقالت قد انقضت عدتى قبل دعواك ، فالقول قوله ، لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها فى زمن الظاهر قبول قوله فيه فلا يقبل قولها بعد ذلك فى إبطاله . ولو سبق فقال : قد راجعتك فقالت : قد انقضت عدتى قبل راجعتك فأنكرها ، فقال القاضى القول قوله ، لما ذكرنا وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعى ، وظاهر كلام الخرق أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته ، وهو وجه ثان لأصحاب الشافعى ، لأن الظاهر البينونة ، والأصل عدم الرجعة فكان الظاهر معها ، ولأن من قبل قوله سابقاً قبل قوله مسبوقاً ، كسائر من يقبل قوله .

ولم وجه ثالث : أن القول قول الزوج بكل حال ، لأن المرأة تدعى ما يرفع النكاح ، وهو ينكره ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى المولى والعينين إصابة امرأته فأنكرته . وهذا لا يصح ، فإنه قد انمقد سبب البينونة ، وهو مفض إليها ما لم يوجد ما يرفعه ، ويزيل حكمه ، والأصل عدمه ، فكان القول قول من ينكره ، بخلاف ما قاسوا عليه . وإن وقع القول منهما جميعاً فلا رجعة ، لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون

(١) فى المخطوطة ٢٠ أنه لا يجب (٢) سبق تخريجه قرينة

بعدها ، فيكون قوله بعد العدة ، فلا يقبل ، قال أبو الخطاب ويحتمل أن يقرع بينهما ، فيكون القول قول من تقع له القرعة ، والصحيح الأول .

(فصل)

٦٠١٧

وإن اختلفا في الإصابة ، فقال : قد أصبتك فلي رجعتك ، فأنكرته أو قالت : قد أصابني ، فلي المهر كاملا ، فالقول قول المنكر منهما ، لأن الأصل ، معه فلا يزول إلا بيقين ، وإيس له رجعتها في الموضعين ، لأنه أنكر الإصابة ، فهو يقر على نفسه ببيوتها وأنه لا رجعة له عليها ، وإن أنكرتها هي فالقول قولها ، ولا تستحق إلا نصف المهر في الموضعين ، لأنها إن أنكرتها فهي مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر ، وإن أنكرها فالقول قوله . هذا إن كان غير مقبوض . فإن كان اختلفا فيما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته لم يرجع عليها بشيء ، لأنه يقر لها به ولا يدعيه ، وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه . وبهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي .

فإن قيل : فلم قبلتم قول المولى والعنين في الإصابة ، ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا . لأن المولى والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ، ويمنع فسخه ، والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولها موافقا للأصل فقبل ، وفي مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو ما والى ^(١) بينونة ، وقد اختلفا فيما يرفع حكم للطلاق ويثبت له الرجعة ، والأصل عدم ذلك ، فكان قوله مخالفا للأصل ، فلم يقبل ، ولأن المولى والعنين يدعيان الإصابة في موضع تحققت فيه الخلوة والتمسك من الوطء ، لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحققتا الفسخ بعد الوطء ، فكان الاختلاف فيما يختص به ، وفي مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمسكين ، لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا ، فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا بينة . وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله ههنا ؟ على وجهين .

(فصل)

٦٠١٨

والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلاها في ظاهر قول الخرق ، لقوله : حكمها حكم الدخول في جميع أمورها . وهذا قول الشافعي في القديم ، وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها ، وبه قال النعمان وصاحباها ، والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا تستحق رجعتها كغير التي خلا بها . ولنا . قوله تعالى ^(٢) (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن — إلى قوله — وبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ) ولأنها معتدة من طلالا عوض فيه ،

(١) في الشرح الكبير ج ٨ ص ٤٩٠ بلفظ (وهو ما إلى بينوته) (ف)

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨

ولم تستوف عدده ، فثبتت عليها الرجعة كالإصابة ولأنها معتدة بإحتمال طلاقه ، فذلك رجعتها كالتى أصابها . وفارق التى لم يخل بها ، فإنها بائن منه لا عدة لها ، ولا بإحتمال طلاقه ، وإنما تكون الرجعة للمعتدة التى بإحتمال طلاقه .

٦٠١٩

(فصل)

وإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها فى عدتها ، فكذبته وصدقه مولاهما فالقول قولها ، نص عليه أحد ، وبذلك قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال أبو يوسف ، وعمد القول قول الزوج ، وهو أحق بها لأن إقرار مولاهما مقبول^(١) فى نكاحها ، فقبل قوله فى رجعتها ، كالحررة إذا أقرت .

ولنا : أن قولها فى انقضاء عدتها مقبول ، فقبل فى إنكارها للرجعة كالحررة ، ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح ، فيكون المنازع هى دون سيدها كما لو اختلفا فى الإصابة ، وإنما قبل قول السيد فى النكاح لأنه يملك إنشاءه ، فذلك الإقرار به ، بخلاف الرجعة ، وإن صدقته هى وكذبه مولاهما لم يقبل إقرارها ، لأن حق السيد يتعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها ، فلم يقبل قولها فى إبطال حقه ، كما لو تزوجت ثم أقرت أن ومطلقها كان راجعها ، ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها ، كالتى تزوجت ، فإنه يقبل إنكارها لا يقبل تصديقها .

إذا ثبت هذا : فإن مولاهما إذا علم صدق الزوج فى رجعتها لم يخل له وطؤها ولا تزويجها ، وإن علمت هى صدق الزوج فى رجعتها فهى حرام على سيدها ، ولا يخل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها .

٦٠٢٠

(فصل)

ولو قالت : انقضت عدتى ثم قالت : ما انقضت بعد فله رجعتها ، لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها ، فقبل إقرارها ، ولو قال . أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم راجعتها ، ثم أقرت بكذبها فى انقضاء عدتها ، وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء عدتها ، وإنما أخبر بحبرها عن ذلك ، وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه .

٦٠٢١

﴿ مسألة ﴾

قال : ﴿ وإذا طلقها واحدة فلم تنقص عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ماضى من العدة ﴾

(١) فى المخطوطة ٢ . يقبل .

وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي ، وله قول ثان : أنها تستأنف العدة ، لأنها طلقة واقعة في حق مدخول بها ، فاقترضت عدة كاملة كالأولى .

ولنا : أنها طلاقان لم يتخللها إصابت ولا خلوة ، فلم يجب بها أكثر من عدة كما لو والى بينهما ، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها ، وهكذا الحكم لو طلقها ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما ، أو لعتقها تحت عبد ، أو غيره ، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين ، أو غير ذلك ، لأن الفسخ في معنى الطلاق

(فصل)

٦٠٢٢

وإن طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها ففيه روايتان .

إحداها : تبني على مامضى من العدة^(١) . نقلها لليموني ، وهي اختيار أبي بكر ، وقول عطاء ، وأحد قولي الشافعي ، لأنها طلاقان لم يتخللها دخول بها ، فكانت العدة من الأول منهما كما لو لم يرتجعا ، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول ، فلم يجب بالطلاق منها عدة ، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول .

والثانية : تستأنف العدة ، نقلها ابن منصور ، وهي أصح ، وهذا قول طاوس ، وأبي قلابة ، وعمرو ابن دينار ، وجابر ، وسعيد بن عبد العزيز ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأبي عبيد وأصحاب الرأي ، وابن المنذر وقال الثوري : أجمع الفقهاء عن هذا .

وحكي أبو الخطاب عن مالك : إن قصد الإضرار بها بنت ، وإلا استأنفت ، لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح ، بقوله تعالى : « وَبِعُولَتَيْنِ أَهَقُّ بَرْدَهْنِ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا »^(٢) والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح

ولنا : أنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كاملة كما لو لم يتقدمه طلاق . وهذا لأن الطلقة الأولى شملت النكاح ، والرجعة لم تشمعه ، وقطعت عمل الطلاق ، فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشتمل ، مدخول بها فيه ، فأوجب عدة كالأول وكان لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها ، فإنها تستأنف عدة ، كذا ههنا .

ويفارق الطلاق قبل الرجعة ، فإنه جاء بمد طلاق مفض إلى بينونة ، فإن رجعا ثم دخل بها ثم طلقها فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم ، لأنه بالوطء بمد الرجعة صار كالنكاح ابتداء إذا وطئ .

(١) في المخطوطة ٢٠ من عدتها

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٨ .

٦٠٢٣

(فصل)

وإن خالع زوجته ، أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها^(١) ، ثم طلقها ، فإن كان دخل بها فعليها العدة بلا خلاف ، لأنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه ، لم يتقدمه طلاق سواه . وإن لم يكن دخل بها بنت على العدة الأولى في الصحيح من المذهب ، وعنه أنها تستأنف العدة ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن النكاح أقوى من الرجعة ، ولو طلقها بعد الرجعة استأنفت العدة فبهنا أولى .

وانما : أنه طلاق من نكاح لم يصحبها فيه ، فلم تجب به عدة ، كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها . وفارق الرجعة ، لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول ، فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول ، وهذا النكاح جديد بعد البيدونة من الأولى ، ولم يوجد فيه دخول ، فأشبهه التزويج بعد قضاء العدة ، وأما بناؤها على العدة الأولى فلائها إنما قطع حكمها النكاح ، وقد زال فيعود إليها .

ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها ، أو أسلم هو ثم أسلمت هي في عدتها ، وطلقها قبل وطئه أو بعده ، أو ارتدت ثم أسلمت ، ثم طلقها فعليها عدة مستأنفة بلا خلاف ، لأنه طلاق في نكاح وطئ فيه ، أشبهه الطلاق في النكاح الأول .

٦٠٢٤

(فصل)

ومتى وطئ الرجعية وقلنا : إن الوطء لا تحصل به الرجعة فعليها أن تستأنف العدة من الوطء ، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق ، لأنهما عدتان من رجل واحد ، فتدخلا كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ، وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى ، لأنها عدة من الطلاق ، فإذا مضت البقية لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء ، لأنها عدة من وطء شبهة ، فإن حبلى^(٢) من الوطء صارت في عدة الوطء ، وتدخل فيها البقية الأولى ، ولأنهما عدتان لواحد ، فأشبهه ما لو كانا بالأقراء ، وتنقض العدتان جميعاً بوضع الحمل ، لأنه لا يتبعض ، وله مراجعتها قبل وضعه ، لأنها في عدة من الطلاق . ويحتمل أن لا يتدخلا ، لأنهما من جنسين ، فعلى هذا نصير معتدة من الوطء خاصة ، وهل له رجعتها في مدة الحمل ؟ على وجهين مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان ، فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق ، وله ارتجاعها في هذه البقية ، لأنها من عدة الطلاق ، ولو طلقها حاملاً ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعاً ، ويحتمل أن تستأنف عدة الوطء بعد وضع الحمل لما ذكرنا ، ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء .

(١) في المخطوطة : ٣٩ في العدة .

(٢) في المخطوطة ٢٠ : حملت .

٦٠٢٥

﴿مسألة﴾

قال ﴿ وإذا طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها ردت إليه ، ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين ، والأخرى هي زوجة الثاني ﴾

وجملة ذلك : أن زوج الرجعية إذا راجعها وهي لا تعلم صحت المراجعة ، لأنها لا تنقصر إلى رضاها فلم تنقصر إلى علمها كطلاقها ، فإذا راجعها ولم تعلم فأنقضت عدتها ثم تزوجت ، ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها ، وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجها ، وأن نكاح الثاني فاسد ، لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها ، هذا هو الصحيح وهو مذهب أكثر الفقهاء منهم الثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن علي رضي الله عنه .

وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية : إن دخل بها فهي امرأته ، ويبطل نكاح الأول . روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وهو قول مالك ، وروى معناه عن سميد بن المسيب ، وعبد الرحمن ابن القاسم ، ونافع ، لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر ، ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها .

وانما : أن الرجعة قد صحت ، وتزوجت وهي زوجة الأول ، فلم يصح نكاحها ، كما لو لم يطلقها . فإذا ثبت هذا فإن كل الثاني ما دخل به - افرق بينهما ، وردت إلى الأول ، ولا شيء على الثاني . وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل ، لأن هذا وطء شبهة ، وتمتد ، ولا نحن للأول حتى تنقضي عدتها منه ، وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب . وهو إحدى الروايتين عن مالك . وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما بالنكاح باطل بغير خلاف ، والوطء محرم على من علم منهما ، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره ، لأنه وطء امرأة غيره مع علمه .

فأما إن لم يكن لمدعى الرجعة بينة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله ، ولكن إن أنكره جميعاً فالنكاح صحيح في حقهما ، وإن اعترف له بالرجعة ثبتت ، والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء ، وإن أقر له الزوج وحده فقد اعترف بفساد نكاحه ، فتبين منه ، وعليه مهرها^(١) إن كان بعد الدخول ، أو نصفه إن كان قبله لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه ، ولا نسلم المرأة إلى المدعى ، لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها ، وإنما يلزمه في حقه ، ويكرن القول قولها . وهل هو مع بيمينها أولاً على وجهين ، والصحيح أنها لا تستحلف ، لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب البين بإنكارها ، وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج

(١) في المخطوطة ٢٠ وعليه المهر .

لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح ، لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها ، وهل يستحلف ؟
يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يستحلف ، اختاره القاضي ، لأنه دعوى في النكاح ، فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة^(١) فأنكرته .

والثاني : يستحلف ، قال القاضي : وهو قول الخرق ، لعدم قوله عليه السلام « ولكن^(٢) اليمين على المدعى عليه » ، ولأنه دعوى في حق آدمي ، فيستحلف فيه كالمال ، فإن حلف قيمينه على نفي العلم ، لأنه على نفي فعل الغير ، فإن زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير عقد ، لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثاني فإذا زال زال المانع ، وحكم بأنها زوجة الأول ، كالوشهد بحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ، ولا يلزمها للأول مهر بحال ، وذكر القاضي أن عليها له مهرأ ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق ، فأشبهه شهود الطلاق إذا رجعوا .

وانما : أن ما حكمها استقر على المهر فلم يرجع به عليها ، كما لو ارتدت أو أسلمت أو قتلت نفسها ، فإن مات الأول وهي في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لإقراره بزواجيتها ، أو إقرارها بذلك . وإن ماتت لم يرثها لأنها لا تصدق في إبطال ميراث الزوج الثاني ، كما لم تصدق في إبطال نكاحه ، ويرثها الزوج الثاني لذلك ، وإن مات الزوج الثاني لم ترثه ، لأنها تنكر صحة نكاحه ، فننكر ميراثه .

مسألة

٦٠٢٦

قال ﴿ وإذا طلقها ثلاثاً وانقضت عدتها منه ، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها ثم طلقها ، أو مات عنها ، وانقضت عدتها منه ، وكان ذلك ممكناً فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح ، وإن لم تكن عنده في هذه الحال لم ينكحها حتى يصح عنده قولها ﴾

وجملة ذلك : أن المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء ، فأخبرته بذلك ، وغلب على ظنه صدقها ، إما لمعرفته بأمانتها ، أو بخبر غيرها^(٣) ممن يعرف حالها ، فله أن يتزوجها في قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها ، وعلى ما أخبرت به عنها ، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها ، فيجب الرجوع إلى قولها ، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها ، فأما إن لم يعرف ما يغاب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها ، وقال الشافعي : له نكاحها لما ذكرنا أولاً . والورع ألا ينكحها .

(١) في النخوة ٣٩ زوجية لامرأة . (٢) سبق تخريجه (٣) في النخوة ٢٠ : أو بإخبار غيرها .

ولنا : أن الأصل التحريم ، ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه ، فوجب البقاء عليه ، كما لو أخبره فاسق عنها .

(فصل)

٦٠٢٧

وإذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر ، فالقول قولها في حلها للأول ، والقول قول الزوج في المهر ، ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها . فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها ، لأنه يقر على نفسه بتحريمها . فإن عاد فأكذب نفسه ، وقال : قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الحل والحرم من حرق الله تعالى ، فإذا علم حلها لم تحرم بكذبه ، وهذا مذهب الشافعي ، ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه . ولو قال : أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا ، لأن المعتبر في حلها خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم .

(فصل)

٦٠٢٨

وإذا طلقها طلاقاً رجعياً وغاب وقضت عدتها ، وأرادت الزوج فقال وكيله : توفي كيلاً يكون راجعك ، لم يجب عليها التوقف ، لأن الأصل عدم الرجعة ، وحل السكح ، فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ، ولأنه أمر لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله ، لأن احتمال الرجعة موجود ، سواء قال أو لم يقل ، فيفضى إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبداً .

(فصل)

٦٠٢٩

فإذا قالت قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يحز العقد ، لأن الخبر المبيح للعقد قد زال ، فزالت الإباحة ، وإن كان بعد ما عقد عليها لم يقبل ، لأن ذلك إبطال للعقد الذي لزمها بقولها ، فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ، ثم رجعت عن الإقرار .

كتاب الإيلاء

الإيلاء : في اللغة : الحلف يقال ، آلى يُولى إيلاءً وأُليّةً وجمع الأُليّةِ أَلْيَا ، قال الشاعر :

قليل الألياء حافظ ليمينه إذ صدرت منه الألية برت^(١)

ويقال : تَألى يتألى ، وفي الخبر « من يتألى على الله يكذبه » . فأما الإيلاء في الشرع فهو : الحلف على ترك وطء المرأة ، والأصل فيه قول الله تعالى : « الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ » وكان أبى بن كعب ، وابن عباس ، يقرآن « يُقْسِمُونَ » .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٣٠

قال ﴿ والمولى الذى يحلف بالله عز وجل : لا يبطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ﴾
وجملته : أن شروط الإيلاء أربعة :

أحدها : أن يحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء ، فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا مثل : أن حلف بطلاق أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، ففيه روايتان .

إحدهما : لا يكون مولياً ، وهو قول الشافعى القديم .

والرواية الثانية : هو مول . وروى عن ابن عباس أنه قال : كل يمين منعت جماعة فهي إيلاء ، وبذلك قال الشعبي ، والنخعي ، ومالك وأهل الحجاز ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأهل العراق ، والشافعى ، وأبو نور ، وأبو عبيد ، وغيرهم لأنها يمين منعت جماعة فكانت إيلاء كالحلف بالله ، ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف ، بدليل أنه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال . وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها مولياً ، وأما الطلاق والعتاق فليس الحالف به إيلاء ، لأنه يتعلق به حق آدمى ، وما أوجب كفارة تتعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هي المشهورة لأن الإيلاء المطلق إنما هو القسم ، ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » مكان « يؤلون » وروى عن ابن عباس في تفسير يؤلون . قال : يحلفون بالله ، هكذا ذكره الإمام أحمد ، والنسائي بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ، ولا يجاب

(١) البيت في لسان العرب ج ١٤ ص ٤٠ وشطره الثال بلفظ « وإن سبقت منه الألية برت » ف .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

بجوابه ولا يذكره أهل العربية في باب القسم ، فلا يكون إيلاء ، وإنما يسعى حلقاً تجوزاً ، لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم ، وهر الحث على النفل ، أو المنع منه ، أو تأكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه ، لحقيقته . وبديل على هذا قول الله تعالى « فَإِنْ قَامُوا فَاِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »^(١) وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله ، وأيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم « من »^(٢) حلف بغير الله فقد أشرك » وقوله : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم » متفق عليه ، وإن سلمنا أن غير القسم حلف لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم ، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل ، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء ، لأنه لا يوجب كفارة ، ولا شيئاً يمنع من الوطء ، فلا يكون إيلاء كالخبر بغير القسم .

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون مولياً ، إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه ، حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر ، أو فأنت طالق ، أو فأنت على كطهر أحي ، أو فأنت على حرام ، أو فله على صوم سنة أو الحج ، أو صدقة . فمذا يكون إيلاء ، لأنه يلزمه بوطئها حتى يمنعه من وطئها خوفاً من وجوبه ، وإن قال إن وطئتك فأنت زانية لم يكن مولياً ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، ولا يصير فاذا بالوطء ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئها ، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس ، وإن قال : إن وطئتك فله على صوم هذا الشهر لم يكن مولياً ، لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق ، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه ، فلا يلزم بالنذر كما لو قال إن وطئتك فله على صوم أمس ، وإن قال : إن وطئتك فله على أن أصلي عشرين ركعة كان مولياً .

وقال أبو حنيفة ، لا يكون مولياً ، لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ، ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها مولياً ، كما لو قال إن وطئتك فله على أن أمشي في السوق .

ولنا . أن الصلاة تجب بالنذر ، فكان الحالف بها مولياً كالصوم والحج وما ذكره ، لا يصح ، فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة . وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون مولياً ، لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين : إما الكفارة وإما المشي . فقد صار الحنث موجباً لحق عليه^(٣) فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضاً ، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا فافرق بينهما : أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا ، وإذا استثنى في يمينه لم يكن مولياً في قول الجميع ، لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث ، فلم يكن الحنث موجباً لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ (٢) أخرجه أحمد والترمذي والحاكم عن ابن عمر (ف) .

(٣) في المخطوطة ٢٠ : عليه حقا .

بأنه تعالى ، أو كانت يميناً مكفرة ، فأما الطلاق والعتاق فمن جمل الاستثناء فيه ، لا غير مؤثر فوجوده كعدمه ، ويكون مولياً بهما ، سواء استثنى أو لم يستثن .

(فصل)

٦٠٣١

الشرط الثانى : أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، وهذا قول ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعى ، وأبى ثور ، وأبى عبيد ، وقال عطاء ، والثورى ، وأصحاب الرأى : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً ، وحكى ذلك الفاضى ، وأبو الحسين ، رواية عن أحمد ، لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مولياً كما لو حلف على مازاد ، وقال الذخى ، وقتادة ، وحامد ، وابن أبى ليلى ، واسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الأوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول ليقول الله تعالى «الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ»^(١) : وهذا مول ، فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف .

ولنا : أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن مولياً كما لو حلف على ترك قبلتها ، والآية حجة لنا ، لأنه جعل له تربص أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص ، لأن مدة الإيلاء تنقضى قبل ذلك ، ومع انقضائه ، وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفية أنها تكون فى مدة الأربعة أشهر . وظاهر الآية خلافه ، فإن الله تعالى قال «الَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا»^(٢) فعقب الفىء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فحكى عن ابن عباس أن المولى من يحلف على ترك الوطء أبداً ، أو مطلقاً لأنه إذا حلف على مادون ذلك ، أمكنه التخلص بغير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو حلف لاوطئها فى مدينة معينة

ولنا : أنه لا يمكن التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث ، فأشبهه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة ، فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ، ولأن الأربعة الأشهر مدة تغضر المرأة بتأخير الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان مولياً كالأبد . ودليل الوصف ما روى «أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينة فسمع امرأة تقول : تطاول هذا الليل وأزور»^(٣) جانبه وليس إلى جنبى خليل إلا عبه

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

(٣) هذه القصة ذكرها الجاحظ فى المحاسن والأضداد ص ١٤٦ والدر المنثور ج ١ ص ١٧٥ وذكرها ابن قيم الجوزية فى روضة المحبين بسندها .

فو الله لولا الله لاشيء غيره لززع من هذا السرير جوانبه
 مخافة ربي والخياء يكفني وأكرم بعلي أن تنال سراكبه
 فسأل عمر نساء : كم نصبر المرأة عن الزوج ؟ فقالن شهرين وفي الثالث يقل الصبر ، وفي الرابع ينفذ
 الصبر . فكذب إلى أسراء الأجناد : أن لا تحبوسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر .

(فصل)

٦٠٣٣

وإذا علق الإبلاء بشرط^(١) مسيحيل كقوله : والله لا وطنتك حتى تصمدى السماء ، أو تقلى الحجر
 ذهابا ، أو يشيب الغراب ، فهو مول ، لأن معنى ذلك ترك وطنها ، فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على
 المستحيلات . قال الله تعالى في السكفار « وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ إِلَّا بِالْحِلِّ فِي سَمِّ الْخِلْيَاطِ^(٢) » ومعناه :
 لا يدخلون الجنة أبدا ، وقال بعضهم :

إذا شاب الغراب أتيت أهلي وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال والله لا وطنتك حتى تحبل فهو مول لأن حملها بغير وطء مستحيل عادة فهو كصمود السماء ،
 وقال القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل
 في أربعة أشهر أو آيسة فأما إن كانت من ذوات الأفرأ فلا يكون موليا لأنه يمكن حملها ، قال القاضي
 وإذا كانت الصغيرة بذت تسع سنين لم يمكن موليا لأن حملها ممكن .

ولنا : أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعاقب اليمين عليه إبلاء كصمود السماء . ودليل
 استحالة قول مريم « أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ بِغِيَا^(٣) » وقولهم :
 « يَا أُخْتَ هَارُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ امْرَأَ سَوْءٍ وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ بَاقِيَا^(٤) » ولولا استحالة لما نسبوها
 إلى البغاء لوجود الولد . وأيضا قول عمر رضى الله عنه « الرجم حق على من زنا وقد أحصن إذا قامت به
 البينة ، أو كان الحبل أو الاعتراف » ولأن المادة أن الحبل^(٥) لا يوجد من غير وطء فإن قالوا يمكن
 حملها من وطء الغير أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا يصح فإنه لو صرح به فقال لا وطنتك حتى تحبل
 من غيري أو مادمت في نكاحي أو حتى تزني كان موايا ، ولو صرح ما ذكره لم يكن موليا ، وأما الثاني
 فهو من المستحيلات عادة وإن وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرناه وقد قال أهل الطب إن المني
 إذا برد لم يخلق منه ولد وصحح قولهم قيام الأداة التي ذكرنا بمضها وجريان المادة على وفق ما قالوه وإذا

(١) في المخطوطة ٣٩ : على شرط (٢) سورة الاعراف آية ٤٠ (٣) سورة مريم آية ٢٠

(٤) سورة مريم آية ٢٨ (٥) في المخطوطة ٢٠ : الحمل .

كان تعليقه على موته أو موتها أو موت زيد إيلاء فتعليقه على حبلمها بغير وطء أولى ، وإن قال أردت بقولي حتى تحبلى السببية ولم أرد الغاية ومعدناه لا أطؤك لتحبلى قبل منه ولم يسكن موليا لأنه ليس بحالف على ترك الوطء وإنما هو حالف على قصد ترك الحبلى به فإن «حتى» تستعمل بمعنى السببية .

٦٠٣٣

(فصل)

وإن علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب .

أحدها : ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعة فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك في أربعة أشهر ، وكذلك إن قال حتى تأتى الهند أو نحو فهذا مول لأن يمينه على أكثر من أربعة أشهر .
الثانى : ما الغالب أنه لا يوجد في أربعة أشهر كخروج الدجال والدابة وغيرها من أشرار الساعة ، أو يقول حتى أموت أو تموتى أو يموت ولدك أو زيد أو حتى يقدم زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فيكون موليا : لأن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر . فأشبهه ما لو قال : والله لا وطنتك في نسكاحي هذا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بيمينه .

الثالث : أن يعلقه على أمر يحتمل الوجود^(١) في أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء . لأنه لا يعلم حلقه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك .

الرابع : أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل^(٢) وجفاف ثوب وجبى المطر في أوانه و قدوم الحاج في زمانه ، فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ، ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر . فأشبهه ما لو قال والله لا وطنتك شهرا .

الخامس : أن يعلقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها . وذلك يقسم أقساما ثلاثة .
أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لامشقة فيه كقوله : والله لا أطؤك حتى تدخل الدار أو تلبسى هذا الثوب أو حتى أتغفل بصوم يوم أو حتى أكره . فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه . فأشبهه الذى قبله . والثانى : أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربى الخمر أو تزنى أو تقطى ولدك أو تترك صلاة الفرض أو حتى أقتل زيدا أو نحو . فهذا إيلاء لأنه عاتيه بمقتنع شرعا . فأشبهه المقتنع حسا . الثالث : أن يعلقه على ما على فاءه فيه مضرة مثل أن يقول والله لا أطؤك حتى تسقطى صدائك عنى أو دينك أو حتى تسكنلى ولدى أو تهبينى دارك أو حتى يبيعنى أبوك داره أو نحو ذلك ، فهذا إيلاء لأن

(١) فى المخطوطة ٢ : وجوده

(٢) فى المخطوطة ٢٢ البقل والثوب .

أخذه لئلا يأكلها أو مال غيرها من غير رضا صاحبه محرم فجري مجرى شرب الخمر ، وإن قال والله لا أطأوك حتى أعطيك مالا أو أفضل في حنك جميلا لم يكن إيلاء لأن فله لذلك إيس : يحرم ولا تمتنع فجري مجرى قوله حتى أصوم يوما .

(فصل)

٦٠٣٤

وإن قال والله لا وطنتك إلا برضاك لم يكن مولياً لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها ، وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله والله لا وطنتك مكرهة أو محزونة^(١) ونحو ذلك فإنه لا يكون مولياً ، وإن قال والله لا وطنتك مريضة لم يكن مولياً لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون مولياً لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فرضت مرضاً يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصح مولياً ، وإن لم يرج برؤه فيها صار مولياً ، وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر مولياً . لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله ، وإن قال والله لا وطنتك حائضاً ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن مولياً لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعاً فقد أكد منع نفسه منه بيمينه ، وإن قال والله لا وطنتك طاهراً أو لا وطنتك وطئاً مباحاً صار مولياً لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفينة فكان مولياً كما لو قال والله لا وطنتك في قبلك ، وإن قال والله لا وطنتك ليلاً أو والله لا وطنتك نهراً لم يكن مولياً لأن الوطء يمكن بدون الحنث ، وإن قال والله لا وطنتك في هذه البلدة أو في هذا البيت أو نحو ذلك من الأماكن المقيمة لم يكن مولياً ، وهذا قول الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، والنعمان وصاحبيه ، وقال ابن أبي ليلى وإسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها .

وانسا : أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن مولياً كما لو استغنى في يمينه .

(فصل)

٦٠٣٥

وإن حلف على ترك وطئها عاماً ثم كفر عن يمينه انحل الإيلاء . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : المولى يكفر عن يمينه قبل مضي الأربعة أشهر ؟ قال : يذهب عنه الإيلاء ولا يوقف بعد الأربعة الأشهر وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين ، وذلك لأنه لم يبق ممنوعاً من الوطء بيمينه . فأشبهه من حلف واستغنى فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة أشهر انحل الإيلاء حين التكفير ، وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر . وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف صار كالحالف على أكثر منها إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه .

(١) في المخطوطة ٢٠ : أي حزينة .

(فصل)

٦٠٣٦

فإن قال : والله لا وطنتك^(١) إن شاء فلان ، لم يصر مولياً حتى يشاء . فإذا شاء صار مولياً . وبهذا قال الشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . لأنه يصير ممتنعاً من الوطاء حتى يشاء فلا يكون مولياً حتى يشاء ، وإن قال : والله لا وطنتك إن شئت فكذا ذلك . وقال أصحاب الشافعى إن شاءت على الفور جواباً لكلامه صار مولياً ، وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه ، لأن ذلك تخيير لها ، فكان على الفور ، كقولهم : اختارى فى العلاق .

ولنا : أنه علق اليمين على المشيئة بحرف « إن » فكان على التراخى ، كمشيئة غيرها . فإن قيل : فهلا قلتم لا يكون مولياً ، فإنه علق ذلك بإرادتها ، فأشبهه ما لو . قال : لا وطنتك إلا برضاك ؟ قلنا : الفرق بينهما أنها إذا شاءت انمقدت يمينه مانعة من وطئها ، بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطاء بغير حنث .

وإذا قال : والله لا وطنتك إلا برضاك ، فما حلف إلا على ترك وطئها فى بعض الأحوال وهو حال سخطها ، فيمكنه الوطاء فى الحال الأخرى بغير حنث . وإذا طالبت بالقيئة فهو برضاها . ولو قال : والله لا وطنتك حتى تشأى ، فهو كقوله إلا برضاك ، ولا يكون مولياً بذلك . وإن قال : والله لا وطنتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن مولياً ، لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده فى الأربعة أشهر ، إمكاناً غير بعيد ، وليس بمحرم ، ولا فيه مضرة ، فأشبهه ما لو قال : والله لا وطنتك إلا أن تدخل الدار ، وإن قال : والله لا وطنتك إلا أن تشأى لم يكن مولياً ، وكان بمنزلة قوله إلا برضاك ، أو حتى تشأى . وقال أبو الخطاب : إن شاءت فى المجلس لم يصر مولياً ، وقال أصحاب الشافعى : إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر مولياً ، وإلا صار مولياً ، لأن المشيئة عندهم على الفور ، وقد فاتت بتراخيها . وقال القاضى : تنعقد يمينه ، فإن شاءت انحلت وإلا فهي منعقدة .

ولنا : أنه منعه نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها ، فأشبهه ما لو قال إلا برضاك ، أو حتى تشأى ، ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبهه ما لو علقه على مشيئة غيرها ، فأما قول القاضى فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم ، وإن أراد أن وجود المشيئة على التراخى تنحل به اليمين لم يكن ذلك إبلاء ، لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده فى مدة الأربعة أشهر إمكاناً غير بعيد ليس بإبلاء والله أعلم .

(فصل)

٦٠٣٧

فإن قال : والله لا وطنتك ، فهو إبلاء . لأنه قول يقتضى التأييد . وإن قال : والله لا وطنتك مدة ،

(١) فى المخطوطة ١٨ لا أطوك .

أو يطولن تركى لجماعتك ، ونودى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر فهو إيلاء ، لأن اللفظ يحتمله ^(١) ، فانصرف إليه بنيتته ، وإن نوى مدة قصيرة لم يكن إيلاء لذلك ، وإن لم ينو شيئاً لم يكن إيلاء ، لأنه يقع على القليل والكثير ، فلا يتعين للكثير . فإن قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فوالله لا وطئتك شهرين ، أو لا وطئتك شهرين . فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ، ففيه وجهان .

أحدهما : ليس بمول ، لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء ، فلم يكن مولياً ، كما لو لم ينو إلأ مدتها ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقب مدتها من غير حنث فيها ، فأشبهه ما واقتصر عليها . والثانى : يصير مولياً ، لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية ، فكان مولياً كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه ، فأشبهه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ، ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون مولياً وهكذا الحكم في كل مدتين متواليين يزيد مجموعهما على أربعة ، كثلاثة أشهر ، أو ثلاثة وشهرين ، لما ذكرنا من التعاميلين ، والله أعلم .

(فصل)

٦٠٣٨

فإن قال : إن وطئتك فوالله لا وطئتك لم يكن مولياً في الحال ، لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها صار مولياً لأنها تبقى بيميناً تمنع الوطء على التأبيد ، وهذا الصحيح عن الشافعى ، وحكى عنه قول قديم : أنه يكون مولياً من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير مولياً ، فيلحقه بالوطء ضرر ، وكذلك على هذا القول إن قال إن وطئتك فوالله لا دخلت الدار لم يكن ^(٢) مولياً من الأول ، فإن وطئها انحل الإيلاء ، لأنه لم يبق ممتنعاً من وطئها بيمين ولا غيرها ، وإنما بقي ممتنعاً باليمين من دخول الدار .

وانما : أن يمينه معاقبة بشرط ، ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون مولياً ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث ، فلم يكن مولياً كما لو لم يقل شيئاً . وكونه يصير مولياً لا يلزمه به بالحنث . ولو قال : والله لا وطئتك ، في السنة إلا مرة لم يصير مولياً في الحال ، لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعاً من الوطء بحكم يمينه فإذا وطئها وقد بقى من السنة أكثر من أربعة أشهر صار مولياً ، وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، وظاهر مذهب الشافعى في [قوله] ^(٣) القديم يكون مولياً في الابتداء لما ذكرنا في التي قبلها وقد أجبنا عنه ، وإن قال والله لا وطئتك سنة إلا يوماً فكذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة : لأن اليوم منكر ، فلم

(١) في المخطوطة ١٨ : محتمل له . (٢) في نسخة يكون مولياً . (٣) ساقطة من ٣٩

يختص يوماً دون يوم ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوماً لم يختص اليوم الآخر ، ولو قال لا أكلك في السنة إلا يوماً لم يختص يوماً منها .

وفيه وجه آخر : أنه يصير مولياً في الحال وهو قول زفر لأن اليوم المستثنى يكون من آخر السنة كالنأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله لا وطئت في السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتاً بعينه ، ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخطاهما يوم لأجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة في أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالسكينة ولولزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر السنة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء في يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقي من السنة فصار ذلك كقوله لا وطئت في السنة إلا مرة والله أعلم .

(فصل —)

٦٠٣٩

فإن قال : والله لا وطئت عاماً ، ثم قال : والله لا وطئت عاماً فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوى عاماً آخر سواء ، وإن قال والله لا وطئت عاماً ثم قال والله لا وطئت نصف عام أو قال والله لا وطئت نصف عام ثم قال والله لا وطئت عاماً ، دخلت المدة القصيرة في الطويلة ، لأنها بعضها ، ولم يجعل أحدهما بعد الأخرى ، فأشبهه مالو أقر بدين ، ثم أقر بنصف دين . أو أقر بنصف دين ، ثم أقر بدين ، فيكون إيلاء واحداً لهما وقت واحد ، وكفارة واحدة . وإن نوى بإحدى المدينتين غير الأخرى في هذه أو في التي قبلها ، أو قال : والله لا وطئت عاماً ثم والله لا وطئت عاماً آخر أو نصف عام آخر ، أو قال لهما والله لا وطئت عاماً ، فإذا مضى فوالله لا وطئت عاماً ، فهما إيلاءان في زمانين ، لا يدخل حكم أحدهما في الآخر ، أحدهما منجز ، والآخر متأخر ، فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر ، لأنه أفرد كل واحد منهما بزمان غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم منفرد به .

فإن قال في الحرم : والله لا وطئت هذا الدام ، ثم قال : والله لا وطئت عاماً من رجب إلى تمام اثني عشر شهراً ، أو قال في الحرم : والله لا وطئت عاماً ، ثم قال في رجب : والله لا وطئت عاماً ، فهما إيلاءان في مدينتين ، بعض أحدهما داخل في الأخرى . فإن فاء في رجب أو فيها بعده من بقية العام الأول حث في اليمينين ، وتجزئة كفارة واحدة ، وينقطع حكم الإيلاءين . وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حث في إحدى اليمينين دون الأخرى . وإن فاء في الموضعين حث في اليمينين ، وعليه كفارتان .

(فصل)

٦٠٤٠

فإن قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن ، ابنتي ذلك على أصل وهو : الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا . فإن قلنا : يحنث ، فهو مول منهن كلهن في الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث ، فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال ، فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه ، وزال الإيلاء من البواقي . وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الإيلاء في البواقي .

وإن قلنا لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن في الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه يمينه من وطئها فلم يكن موليا منها . فإن وطئ ثلاثاً صار مولياً من الرابعة ، لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث^(١) في يمينه وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث بوطنهن وإنما يحنث بوطء الأربع فإن رجع المطلقة أو تزوجها بعد يئنونتها عاد حكم يمينه ، وذكر القاضي أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطئ واحدة حنث ولم ينحل الإيلاء في البواقي لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ، ولأنه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة ، فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق متمتعاً من وطنهن بحكم يمينه ، فانحل الإيلاء كما لو كفرها^(٢) ، واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم : لا يكون موليا منهن حتى يوطئ ثلاثاً فيصير موليا من الرابعة وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فإذا أصاب بعضهم خرجت من حكم الإيلاء ويوقف لمن بقي حتى ينفى أو يطلق ولا يحنث حتى يوطئ الأربع وقال أصحاب الرأي يكون موليا منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر^(٣) منه جميعاً بالإيلاء ، وإن وطئ بعضهم سقط الإيلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطنهن جميعاً .

ولنا : أن من لا يحنث بوطنها لا يكون موليا منها كالتى يخلف عليها .

(فصل)

٦٠٤١

فإن قال والله لا وطئت واحدة منسكن ونوى واحدة بيمينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها وإن نوى واحدة مبهمه منهن لم يصير مولياً منهن في الحال فإذا وطئ ثلاثاً كان مولياً من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه في مبهمه من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن ماتت كان موليا من البواقي ، وإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء في الباقيات لأنها يمين واحدة

(١) في المخطوطة ٣٩ : أن يحنث . (٢) في المخطوطة ١٨ : كفر عنها .

فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم بقي حكم يمينه فيمن بقي منهن وهذا مذهب الشافعى ، وذكر القاضى أنه إذا أطلق كان الإيلاء فى واحدة غير معينة وهو اختيار بعض أصحاب الشافعى لأن لفظه تناول واحدة منكراً فلا يقتضى العموم . ولنا : أن النكرة فى سياق النفى تعم كقوله « ما اتخذ^(١) صاحبة » وقوله « وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ »^(٢) وقوله : « وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ »^(٣) ولو قال إنسان والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى إداوة كانت ، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه فى العموم ، وإن قال نويت واحدة معينة أو واحدة مبهمة قبل منه لأن اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد . وهذا مذهب الشافعى إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذكور فى الطلاق .

(فصل)

٦٠٤٢

فإن قال والله لا وطئت كل واحدة مفكناً صار مولياً منهن كلهن فى الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظه كل أزال احتمال الخصوص ومتى حنث فى البعض انحل الإيلاء للجميع كالتى قبلها ، وقال القاضى وبعض أصحاب الشافعى لا تنحل فى الباقيات .

ولنا : أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق متممًا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها . وفى هذه المواضع التى قلنا بسكونه مولياً منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لمن كلهن ، وإن طالبن فى أوقات مختلفة ففيه روايتان .

إحداها : يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضى وهو ظاهر كلام أحمد .

والثانية : يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعى ، فإذا وقف الأولى وطلقها ووقف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن ، وإن وطئ إحداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الإيلاء فى الباقيات على ما قلناه ، وعلى قول القاضى ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التى وقف لها .

(١) فى النسخ « ولم يتخذ صاحبة » وليس بوارد فى القرآن ، والوارد فيه سورة الجن الآية ٣ « ما اتخذ صاحبة ولا ولدا » وفى سورة الفرقان الآية ٢ « ولم يتخذ ولدا » (ف) .

(٢) سورة الإخلاص الآية ٤ (٣) سورة النور آية ٤٠

٦٠٤٣

(فصل)

فإن قال كلاً وطئت واحدة منهن فضرأثرها طوالق : فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرأثرها فيوقف لمن فإن جاء إلى واحدة طلق ضرأثرها فإن كان الطلاق بائناً انحل الإيلاء لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعيّاً فراجعهم بقي حكم الإيلاء في حقهم لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرأثرها ، وكذلك إن راجع بعضهم لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ، ولو كان الطلاق بائناً فعاد فتزوجهم أو تزوج بعضهم عاد حكم الإيلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهم في المدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة لما سذكروه فيما بعد ، وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرأثرها وإن وطئ غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون مولياً من المعيّنة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطنها الطلاق دون غيرها .

٦٠٤٤

(فصل)

الشرط الثالث أن يحلف على ترك الوطء في الفرج ، ولو قال والله لا وطئتك في الدبر لم يسكن مولياً لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه وإنما هو وطء محرم وقد أكد منع نفسه منه بيمينه وإن قال والله لا وطئتك دون الفرج لم يكن مولياً لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفية ولا ضرر على المرأة في تركه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عما أراد فإن قال أردت الجماع في الدبر فهو مول لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج وكذلك إن قال أردت أن لا أطأها إلا دون الفرج ، وإن قال أردت جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يسكن مولياً لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنث وإن قال أردت وطئاً لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفية بغير حنث وإن لم تسكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به مولياً ، وإن قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يسكن مولياً بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة .

٦٠٤٥

(فصل)

الشرط الرابع أن يكون الخلوفاً عليها امرأة لقول الله تعالى : «لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ^(١)» ولأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يسكن مولياً منها كالأجنبية فإن حلف على ترك وطء

أتمته لم يكن موليا لما ذكرنا وإن حلف على ترك وطء أجنبية ثم نكحها لم يكن موليا لذلك ، وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك يصير موليا إذا بقى من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء فكان موليا كما لو حلف في الزوجية ، وحكى عن أصحاب الرأي أنه إن مرت به امرأة خلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم يكن موليا ، وإن قال : إن تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا ، لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبهه مالمو حلف بعد تزويجها .

ولنا : قول الله تعالى « لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ » وهذه ليست من نسائه ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمة كالطلاق ، والقسم ، ولأن المدة تضرب له لقصد الإضرار بها بيمينه ، وإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصداً للإضرار فأشبهه الممتنع بغير يمين ، قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد : يصح الظهار قبل النكاح لأنه يمين فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح . والمنصوص أنه لا يصح لما ذكرناه .

(فصل)

٦٠٤٥

فإن آلى من الرجعية صح إيلأؤه : وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، وذكر ابن حامد أن فيه رواية أخرى أنه لا يصح إيلأؤه لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ فلأن يمنع صحته ابتداء أولى . ولنا : أنها زوجة بلحقها طلاقه فصح إيلأؤه منها كغير المطلقة ، وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت في العدة ، ذكره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة ويحىء على قول الخرق لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها^(١) لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة . وهذا مذهب الشافعي لأنها معتدة منه فأشبهت البائن ، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة .

وجه الأول : أن من صح إيلأؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلأؤه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة فاحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها ، وقارق البائن ، فإنها ليست زوجة ولا يصح الإيلاء منها بحال ، فهي كسائر الأجنبية .

(فصل)

٦٠٤٦

ويصح الإيلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة كانت أو أمة لعموم قوله سبحانه^(٢) (الذين يؤولون من نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)^(٣) ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الإيلاء منها كالحرمة المسلمة ، ويصح

(١) في المخطوطة ١٨ : مراجعتها

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٦

الإيلاء قبل الدخول وبعده : وبهذا قال النخعي ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي . وقال عطاء والزهرى والثورى : إنما يصح الإيلاء بعد الدخول .

ولنا : عموم الآية وللعنف لأنه ممتنع من جماع زوجته يمينه فأشبهه ما بعد الدخول ، ويصح الإيلاء من الجنونة والصغيرة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون لأنهما ليسا من أهل المطالبة ، فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الإيلاء منهما لأن الوطء متمذر دائماً فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ، ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهي كالمریضة ، فلهذا ينبغي أن يفيء المعذور لأن الفيئة بالوطء في حقها متمذرة فلا تمكن المطالبة به فأشبهه المحبوب .

(فصل)

٦٠٤٨

ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء وأما الصبي والمجنون فلا يصح إيلأؤهما لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول تجب بمخالفته كفرارة أو حق ، فلم ينعقد منهما كالنذر ، وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح إيلأؤه لأنه بقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجلب والشلل لم يصح إيلأؤه لأنها يمين على ترك مستحيل ، فلم تنعقد كما لو حلف ألا يقلب الحجارة^(١) ذهباً ولأن الإيلاء اليمين هي المانعة من الوطء ، وهذا لا يمنعه يمينه فإنه متمذر منه ، ولا تضر المرأة يمينه .

قال أبو الخطاب : ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس وللشافعي في ذلك قولان ، والأول أولى ، لما ذكرنا ، فأما الخصى الذي سلت بيضته أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح إيلأؤه وكذلك المحبوب الذي بقى في ذكره ما يمكن الجماع به .

(فصل)

٦٠٤٩

ويصح إيلاء الذي يلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو نور وإن أسلم لم ينقطع حكم إيلائه ، وقال مالك : إن أسلم سقط حكم يمينه ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : إن حلف بالله لم يكن مولياً لأنه لا يحث إذا جامع ، لكونه غير مكلف ، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول : لأنه يصح عتقه وطلاقه .

ولنا : قول الله تعالى :^(٢) (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ) ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان مولياً كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح إيلأؤه كالمسلم ، ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلأؤه كالمسلم .

(فصل)

٦٠٥٠

ولا يشترط في الإيلاء الغضب ، ولا قصد الإضرار . روى ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري ، والشافعي ، وأهل العراق ، وابن المنذر . وروى عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء ، وعن ابن عباس قال : إنما الإيلاء في الغضب ونحو ذلك عن الحسن ، والنخعي ، وقتادة ، وقال مالك ، والأوزاعي ، وأبو عبيد : من حلف لا يطاء زوجته حتى تقطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الإصلاح لولده .

ولنا عموم الآية ولأنه مانع نفسه من جماعها بيمينه فكان مولياً كحال الغضب يحققه : أن حكم الإيلاء يثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الإضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف مالها ولأن الطلاق والظهار وسائر الأيمان سواء في الغضب والرضا فكذلك الإيلاء ولأن حكم اليمين في الكفارة وغيرها سواء في الضب والرضا فكذلك الإيلاء ، وأما إذا حلف أن لا يطاءها حتى تقطم ولده فإن أراد وقت القطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول ، وإن أراد فعل القطام لم يكن مولياً لأنه ممكن قبل الأربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن مولياً كما لو حلف لا يطاها حتى تدخل الدار .

(فصل)

٦٠٥١

في الألقاظ التي يكون بها مولياً وهي ثلاثة أقسام :

(أحدها)

٦٠٥٢

ما هو صريح في الحكم والباطن جميعاً . وهو ثلاثة ألقاظ قوله : والله لا آتيك ، ولا أدخل ، ولا أغيب ، أو أولج ذكرى في فرجك ، ولا افتضضتك ^(١) للبكر خاصة فهذه صريحة ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء .

(القسم الثاني)

٦٠٥٣

صريح في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة ألقاظ : لا وطئتك ، ولا جامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ، ولا قربتك ، ولا آتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتكت ، ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال الله سبحانه : « وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ » ^(٢) وقال : « وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ » ^(٣) وقال تعالى : « مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ » ^(٤) .

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٢

(١) في المخطوطة ١٨ : افتضك

(٤) سورة البقرة آية ٢٣٧

(٣) سورة البقرة آية ١٨٧

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالإصابة الإصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع ، وقال في : لا باضعتك ليس بصريح ، لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « قاطمة بضعة مني »^(١) .

ولنا : أنه مستعمل في الوطء عرفاً وقد ورد في القرآن والسنة فكان صريحاً كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع يبطل بلفظة^(٢) الوطء والجماع وكذلك قوله فارتقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فإنهم قالوا هي صريحة في الطلاق مع كونها حقيقة في غيره ، وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحاً من سائر الألفاظ ، لأنها تستعمل في غيره وبهذا قال أبو حنيفة .

(القسم الثالث)

٦٠٥٤

مالا يكون إيلاء إلا بالنية وهو ما عدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء ، لا ساقف رأسي رأسك ، لأسوءنك ، لأغيظنك ، لتطوان غيبتي عنك ، لامس جلدي جلديك ، لا قربت فراشك ، لا آويت معك ، لانت عندك ، فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان مولياً وإلا فلا لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه إلى نية الجماع والمدة معاً وهي قوله لأسوءنك ولأغيظنك ولتطوان غيبتي عنك فلا يكون مولياً حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك وفي سائر هذه الألفاظ يكون مولياً بنية الجماع فقط ، وإن قال والله ليطوان تركي لجماعك أو لوطئتك أو لإصابتك فهذا صريح في ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء لأنه صريح فيه ، وإن قال والله لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم يكن مولياً إلا أن ينوي جماعاً لا يبلغ التقاء الختانين ، وإن قال والله لا أدخلت جميع ذكرى في فرجك لم يكن مولياً لأن الوطء الذي يحصل به الفتيحة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر ، وإن قال والله لا أولجت حشفتي في فرجك كان مولياً لأن الفتيحة لا تحصل بدون ذلك .

(فصل)

٦٠٥٥

وإن قال لإحدى زوجتيه والله لاوطئتكم ثم قال للأخرى أشركتكم^(٣) معها لم يصير مولياً من الثانية

(١) أخرجه البخاري وأحمد والحاكم عن السور (ف)

(٢) في المخطوطة ١٨ : بلفظ

(٣) في المخطوطة ٣٩ أنت معها

لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة، والتشريك بينهما كفاية، فلم تصح به اليمين وقال القاضي يكون موليا منهما وإن قال إن وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معاقاً على وطئها أيضاً لأن الطلاق يصح بالكفاية فإن قلنا إن ذلك إيلاء في الأولى صار إيلاء في الثانية لأنها صارت في معناها وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامراته أنت مثل فلانة لم يكن موليا، وقال أصحاب الرأي هو مول.

ولنا: أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو شبهها بها.

(فصل)

٦٠٥٦

ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية^(١) وغيرها ممن يحسن العربية ومن لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتحببها الكفارة، والمولى هو الخالف بالله على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها وهو لا يدري معناها لم يكن موليا، وإن نوى موجبها عند أهلها، وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدري معناه فإن اختلف الزوجان في معرفته بذلك فاقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها. فاما أن آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لسانى من غير قصد أو قال ذلك المعجمى في إيلائه بالعجمية لم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر.

(فصل)

٦٠٥٧

ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء، ولا فرق بين الحرية والأمة والمسلمة والذمية والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعى وابن المنذر، وعن أحد رواية أخرى أن مدة إيلاء العبيد شهران وهو اختيار أبى بكر، وقول عطاء والزهرى ومالك وإسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد النكوحات فكذلك في مدة الإيلاء وقال الحسن والشعبي إيلاؤه من الأمة شهران ومن الحرية أرملة [وقال الشعبي^(٢) إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرية] وهذا قول أبى حنيفة لأن ذلك يتعلق به بينونة عنده واختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها كدة العدة.

وانا: عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية كدة العنة، ولا نسلم أن بينونة تتعلق بها، ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمقاع بالحرية أكثر. وكان ينبغي أن تقدم مطالبتها مطالبة

(١) في المخطوطة ٢٠: الأعجمية (٢) كلام الشعبي مكرر هنا وهذه الفقرة ليست في الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٣٣

الأمة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٥٨

قال ﴿ فإذا مضت أربعة أشهر ورافته أسر بالفيتة ، والفيتة الجماع ﴾ .

وجملة ذلك : أن المولى يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ، ولا يطالب فيهن ، فإذا مضت أربعة أشهر ورافته امرأته إلى الحاكم وقفه ، وأمره بالفيتة ، فإن أبي أمره بالطلاق ، ولا نطاق زوجته بنفس مضى المدة ، قال أحمد في الإبلاء : يوقف عن الأكبر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، [روى] عن عمر شيء يدل على ذلك ، وعن عثمان وعلى ، وجعل يثبت حديث على وبه قال ابن عمر وعائشة ، وروى ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان بن يسار : كان تسعة عشر رجلاً من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون في الإبلاء ، وقال سهيل بن أبي صالح : سألت اثني عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فكلمهم يقول : ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق ، وبهذا قال سعيد بن المسيب وعروة ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر ، وقال ابن مسعود وابن عباس وعكرمة وجابر بن زيد وعطاء والحسن ومسروق وقبيصة والنخعي والأوزاعي وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة ، وروى ذلك عن عثمان وعلى وزيد وابن عمر وروى عن أبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول والزهرى تطليقة رجعية ، ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ : « فَإِنْ فَاوُوا — فيهن — فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »^(١) ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كدعة العنة .

وانا : قول الله تعالى : « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »^(٢) وظاهر ذلك أن الفيتة بعد أربعة أشهر لذكره الفيتة بعدها بالفاء المقتضية التمتع ثم قال : « وَلِإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ »^(٣) ولو وقع بمضي المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله (سميع علیم) يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاماً ، ولأنها مدة ضربت له تأجيلاً فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلا يتقدمها وقوع كدعة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها^(٤) ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطاء بتركه

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

(١) سورة البقرة آية ٢٢٦ .

(٣) سورة البقرة آية ٢٢٧ .

(٤) في نسخة : لا يقع بمضيها — هامش المطبوعة . وكذا في : ٢٠ وهو الصواب .

في مدتها ، وهذه ضربت تأخيراً له وتأجيلاً ، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل كالدَّيْن .

٦٠٥٩

(فصل)

وابتداء المدة من حين اليمين ولا يفتقر إلى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى ضرب كدّة العنة . ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا فإن وطئها فيها فقد عجلها حقها قبل محله وخرج من الإيلاء كن عليه دين دفعه قبل الأجل ، وهكذا إن وطئ بعد المدة قبل المطالبة أو بعدها خرج من الإيلاء وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة لأنه فعل ما حلف عليه فإن وطئها وهو مجنون لم يحنث ، ذكره ابن حامد وهو قول الشعبي .

وقال أبو بكر يحنث وعليه الكفارة لأنه فعل ما حلف عليه . والأول أصح لأنه غير مكلف والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء لأنه قد وفاها حقها وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه ، ذكر هذا ابن حامد وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى مولياً فإنه قال إذا وطئ بعد إفاقة تجب عليه الكفارة لأن وطئه الأول ما حنث به ، وإذا بقيت يمينه بقي الإيلاء كما لو لم يوطأ وهذا قول المزني .

وينبغي أن تستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ^(١) ، لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ولا يطلق عليه لا تنفائها وهي موجودة ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة إذا عقل لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الإيلاء كما لو حنث ولا يمنع انتفاء الإيلاء مع اليمين كما لو حلف لا يوطأ أجنبية ثم تزوجها .

٦٠٦٠

(فصل)

وإن وطئ العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحنث فهل يفعل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون ، وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظن أنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك إن ظن أنها أجنبية فبانَت زوجته .

وإن استدخلت^(٢) ذكره وهو نائم لم يحنث ، لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين : أحدهما : يخرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبه ما لو وطئ .

(١) في ١٨ : الوطء . (٢) في ٣٩ : أدخلت .

والثاني : لا يخرج من حكم الإيلاء ، لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان مولياً كما لو لم يفعل به ذلك ، والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به .

(فصل)

٦٠٦١

وإن وطئها وطئاً محرماً مثل أن وطئها حائضاً أو نساء أو محرمة أو صائمة صوم فرض أو كان محرماً أو صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الإيلاء وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطئ لا يؤمر به في الفيتة فلم يخرج به من الإيلاء كالوطء في الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعاً من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الإيلاء كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضاً .

وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبق مولياً لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها ، فلا أن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى . وقد ذكر القاضي في الحرم والمظاهر أنها إذا وطئها فقد وفاها حقها . وفارق الوطء في الدبر فإنه لا يحنث وليس بمحل للوطء بخلاف مسائلنا :

(فصل)

٦٠٦٢

وإذا آلى ، منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كرضه ، أو حبسه ، أو إحرامه ، أو صيامه ، حسبت عليه المدة من حين إيلائه ، لأن المانع من جهته وقد وجد التمكن الذي عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها وكان ممتنعاً لعذر وجبت له النفقة . وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء ، أو جن ، لم تنقطع المدة المعنى الذي ذكرناه . وإن كان المانع من جهتها نظرنا ، فإن كان حيضاً لم يمنع ضرب المدة ، لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة ، لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر ، فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء . وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا وفي النفاس وجهان .

أحدهما : هو كالحيض لأن أحكامه أحكام الحيض .

والثاني : هو كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبهه سائر الأعذار ، وأما سائر الأعذار التي من جهتها كصفرها ومرضها ، وحبسها وإحرامها ، وصيامها واعتكافها المفروضين ، ونشوزها وغيبتها ، ففتى وجد منها شيء حال الإيلاء لم تضرب له المدة^(١) حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها ، وإن وجد شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبين على ماضى لأن قوله سبحانه : « تَرَبَّصُوا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ »^(٢) يقتضى متوالية فإذا قطعها وجب استئنافها كمدة شهرين في صوم الكفارة ،

وإن حنثت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها ، فإن قيل فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه فلا ينبغي أن تقطع المدة كالحيض ، قلنا : إذا كان للنكاح معنى فيها فلا فرق : بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بموضه سواء كان لعذر أو غير عذر ، وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام ، وإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشمت وحرم الوطء : فإذا عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما ، وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعهما ثم تزوجها . والله أعلم .

(فصل)

٦٠٦٣

وإذا انقضت المدة فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر فإن طالبت به فطلب الإمهال فإن لم يكن له عذر لم يمهل لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر . وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في (حكم^(١)) العادة ، فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه وليس ذلك بإمهال ، فإن قال : أمهلوني حتى آكل فإني جائع ، أو ينهضم الطعام فإني كظيظ^(٢) أو أصلى الفرض ، أو أفطر من صومي ، أمهل بقدر ذلك ، فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجمع في مثلها في العادة وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته لأن العادة فعل ذلك في بيته ، وإن كان لها عذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبت به بما يمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة ولم يجب عليه شيء ولكن تقاخر المطالبة إلى حال زوال العذر إن لم يكن العذر قاطعاً للمدة كالحيض أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة .

(فصل)

٦٠٦٤

فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا : يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء فسقط حقها منه كما مرأة العنين إذا رضيت بعنته ، ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاعت . وهذا مذهب الشافعي لأنها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ لعيبه فتن رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن

(٢) أى : تمتلئ البطن من الطعام . فعيل بمعنى مفعول .

(١) ساقطة من ٣٩ .

عیب المبیع ، وإن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك لأن حقها یثبت على التراخی فلم یسقط بتأخیر المطالبة كاستحقاق النفقة .

(فصل)

٦٠٦٥

والأمة كالحرّة فی استحقاق المطالبة سواء عفا السید عن ذلك أو لم یعف ، لأن الحق لها حیث كان الاستمتاع یحصل لها ، فإن تركت المطالبة لم یكن لولاها الطلب لأنه لا حق له ، فإن قیل : حقه فی الولد ولهذا لم یجز العزل عنها إلا بإذنه ، قلنا : لا یستحق على الزوج استیلاء المرأة ولذلك لو حلف لیمزلن عنها أو لا یستولدها لم یكن مولیاً ، ولو أن المولی وطئ بحیث یوجد التقاء الختانین ^(١) حصت الفیئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ینزل ، وإنما استؤذن السید فی العزل لأنه یضر بالأمة فربما نقص قیمتها .

(فصل)

٦٠٦٦

فإن كانت المرأة صغیرة أو مجنونة فلیس لها المطالبة لأن قولها غیر معتبر ولیس لولیها المطالبة لها لأن هذا طریقہ الشهوة فلا یقوم غیرها مقامها فیہ ، أما إن كانتا من لا یمكن وطؤهما لم یحسب علیه بالمدة لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكناً فإن أفاقت المجنونة أو بلغت الصغیرة قبل انقضاء المدة تمت المدة تمها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلمها المطالبة یومئذ لأن الحق لها ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة . وقال الشافعی لا تضرب المدة فی الصغیرة حتى تبلغ وقال أبو حنیفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم یمكن الوطء ، فإن لم یمكن فاء بلسانه وإلا بانث بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده فی الفاشز والرتقاء والقرناء والی غابت فی المدة لأن هذا إیلاء صحیح فوجب أن تتعقبه المدة كالقی یمكنه جماعها .

ولنا : أن حقها من الوطء یسقط بتعذر جماعها ، فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما یسقط أجل الدین بسقوطه ، وأما الی أمكنه جماعها فتضرب له المدة فی حقها لأنه إیلاء صحیح من یمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ، ومتی قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم ویستحب أن یقال له اتق الله فإما أن تنفی وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال (عاشروهن بالمعروف ^(٢)) وقال تعالى : (فإمساکن بمفرّوفٍ أو تسررن بإحسان ^(٣)) وایس الإضرار من المعاشرة بالمعروف .

﴿مسألة﴾

٦٠٦٧

قال ﴿والفیئة الجماع﴾

لیس فی هذا اختلاف بحمد الله . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الفیئة الجماع

(١) فی المخطوطة ١٨ : ٣٩ بحیث یلتقی الختانان (٢) سورة النساء آية ٣٩ (٣) سورة البقرة آية ٢٢٩

كذلك قال ابن عباس ، وروى ذلك عن علي وابن مسعود . وبه قال مسروق ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وإذا لم يكن عذر وأصل الفاء الرجوع ولذلك يسمى الظل بعد الزوال فيثا ، لأنه رجع من المغرب إلى المشرق فسمى الجاع من المولى فيثا ، لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذي تحصل به الفيثا أن تغيب الحشفة في الفرج ، في أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطء دون الفرج أو في الدبر لم يكن فيثا ، لأنه ليس بمحلولف على تركه ، ولا يزول الضرر بفعله .

(فصل)

٦٠٦٨

وإذا فاء لزمته الكفارة في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن زيد وابن عباس ، وبه قال ابن سيرين والنخعي والثوري وقتادة ومالك وأهل المدينة وأبو عبيد وأصحاب الرأي وابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن ، وقال النخعي كانوا يقولون ذلك ، لأن الله تعالى قال : « فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ »^(١) قال قتادة هذا خالف الناس بمعنى قول الحسن .

ولنا قول الله تعالى : « وَلَئِنْ يُوَآخِذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ - الْآيَةُ إِلَى قَوْلِهِ - ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ »^(٢) وقال سبحانه : « قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحْلَةً أَيْمَانِكُمْ »^(٣) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأتت الذي هو خير وكفر عن يمينك » . متفق عليه . ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافي الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول « إني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أنيت الذي هو خير وتحملتها » متفق عليه .

(فصل)

٦٠٦٩

وإن كان الإيلاء بتمليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت ، وإن كان على نذر عتق^(٤) أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو بخير بين الوفاء به وبين كفارة يمين لأنه نذر لجأج وغضب ، فهذا حكمه ، وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيثا

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٦ (٢) سورة المائدة آية ٨٩ (٣) سورة النحر آية ٢
(٤) في النسخ المطبوعة (على نذر أو عتق) والصواب حذف (أو) كما في الشرح الكبير ج ٨ ص ٥٤٦ (ف) .

وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعاً بأجنبية . وهذا قول
بعض أصحاب الشافعي ، وأكثرهم قالوا تجوز الفيتة لأن النزاع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ،
وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين .

والاثنى بمذهب أحمد تحريمه لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا فإن النزاع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون في حكم
الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر^(١) ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر
بالوطء . ويمكن منع كون النزاع وطئاً ، والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرماً ، ولأن
لمسها على وجه التلذذ بها محرم فليس الفرج بالفرج أولى بالتحريم ، فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك
الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير
بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشقبت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية
حرم الكل .

الوجه الثاني : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه يحرم
تحقيق سببه .

الثالث : أن يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطئ فعلية أن ينزع حين يولج
الحشفة ولا يزيد على ذلك ولا يلبث ولا يتحرك عند النزاع ، لأنها أجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه
تارك للوطء ، وإن لبث أو تم الإيلاج فلا حد عليه لتمسك الشبهة منه لكونه وطئاً بمضه في زوجته ، وفي
المهر وجهان . أحدهما : يلزمه ، لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد
النزع . والثاني : لا يجب ، لأنه تابع الإيلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في سقوط المهر ، وإن نزع ثم
أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما ، وعليه المهر لها ، ويلحقه النسب وإن كانا عاقلين بالتحريم
فعليهما الحد لأنه إيلاج في أجنبية بغير شبهة^(٢) فأشبهه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على
الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه .

وذكر القاضي وجهاً أنه لا حد عليهما لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب
الشافعي ، والصحيح الأول ، لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون
أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة ، وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً نظرت فإن كان هو العالم فعليه الحد ولها

المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وإن كانت في العالة دونه فعايها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لأن وطأه وطء شبهة .

(فصل)

٦٠٧٠

وإن قال إن وطئتك فأنت على كظهر أمى فقال أحد : لا يقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التكفير وهو دليل على تحريم الوطء في المسألة التي قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثاً أعظم تحريماً من المظاهر منها وإذا وطئ ههنا فقد صار مظاهراً من زوجته وزال حكم الإيلاء ويحتمل أن أحد إنما أراد وإذا وطئها مرة فلا يطؤها حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهراً إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ، ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه ، وقد روى اسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت على كظهر أمى إن قربتك إلى سنة ؟ قال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضي الأربعة الأشهر يقال له إما أن تنقئ وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبى وأرادت مفارقتها طلقها الحاكم عليه ، فينبغي أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهراً لما ذكرناه فتكون الروايتان متفقتين والله تعالى أعلم .

(مسألة)

٦٠٧١

قال ﴿أو يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع فيقول متى قدرت جامعتهما فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن ينقئ بلسانه فيقول متى قدرت جامعتهما ونحو هذا . ومن قال بقاء بقاء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعي والحسن والزهرى والثوري والأوزاعي وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال سميد ابن جبير لا يكون النقي إلا الجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائباً ولا تلزمه الفية بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت .

ولنا : أن القصد بالفيهة ترك ما قصده من الإضرار وقد ترك قصد الإضرار^(١) بما أتى به من الاعتذار . والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن إثمها الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبه

يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الفرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه .

وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المذور أن يقول فئت إليك وهو قول الثوري وأبي عبيد وأصحاب الرأي . والذي ذكر القاضي في المجرى مثل ما ذكر الخرقى وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الإضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ولا يحصل بقوله فئت إليك شيء من هذا . فأما العاجز لجب أو شال فقيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه .

(فصل)

٦٠٧٢

والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقى : وكذلك على قياسه الاعتكاف المذور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعى لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكماً واجباً عليه فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه محرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق ، ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبهه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتنفى وإما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطمع فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وإن لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ولا يزداد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإسهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، ويتخرج أن ينفى بلسانه فيئة المذور ويمهل حتى يصل كقولنا في الحرم ، فإن وطئها فقد عصى وأنحل بإيلائه ولها منعه منه . لأن هذا الوطء محرم عليهما .

وقال القاضي : يلزمها التمكن وإن امتنعت سقط حقها لأن حقها في الوطء وقد بذله لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحرير عليه دونها .

ولنا : أنه وطء حرام فلا يلزم التمكن منه كالوطء في الحيض والنفاس . وهذا ينقض دليلهم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه .

(فصل)

٦٠٧٣

وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أدائه طواب بالفيئة لأنه قادر عليها بأداء ما عليه فإن لم

يفعل أمر بالطلاق ، وإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفئة المدور ، وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفاً أو له عذر يمنعه فاء فئة المدور .

(فصل)

٦٠٧٤

فإن كان مغلوباً على عقله بمنون أو إغواء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ ، وإن كان محبوباً وقلنا : يصح إبلاؤه فاء فئة المدور فيقول لو قدرت جامعها .

(فصل)

٦٠٧٥

وإذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطاء فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفئة أو بالطلاق كغيره وإن لم يكن وطئها وإن لم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تسمع دعواه ويقبل قوله لأن العنة^(١) من العيوب التي لا يقف عليها غيره ، وهذا ظاهر نص الشافعي ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أى ينفى فئة أهل الأعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه ، وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة .

(فصل)

٦٠٧٦

قال (فتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق)

وجملة الأمر : أن المولى إذا وقف وطولب بالفئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول يوقف المولى لأن الله تعالى قال (فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان) فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان ، وإن كان معذوراً فقاء بلسانه ثم قدر على الوطاء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء ، وهو قول الحسن ، وعكرمة ، والأوزاعي لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزمه فئة ثانية كما لو فاء بالوطاء ، وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء . لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها .

(١) في الطبوعة : التنيين . وقد اخترنا ما في ١٨ و ٢٠ لوضوحه .

وانما : أنه أخر حتما لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيهما إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وإنما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه وإنكاره كالغريم المعسر .

(فصل)

٦٠٧٧

وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به . فقال : متى قدرت وفيته .

﴿مسألة﴾

٦٠٧٨

قال ﴿ فإن لم يطلق الحاكم عليه ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع من الفدية بعد التبرص أو امتنع المذخور من الفدية بلسانه أو امتنع من الوطاء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فإن طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلاق . لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فإنه يفضى إلى البينة والتخلص من ضرره ، وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه . وبهذا قال مالك ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقر الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتمتعه أكثر من أربع نسوة أو أختان . فعلى هذا يحبس ويضيق عليه حتى ينفى أو يطلق وللشافعى قولان كالروايتين .

ولنا : أن ما دخلته النيابة وتمين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين . وفارق الاختيار فإنه ماتعين مستحقة . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها .

(فصل)

٦٠٧٩

والطلاق الواجب على المولى رجعى سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه . وبهذا قال الشافعى . قال الأثرم قلت لأبي عبد الله فى المولى فإن طلقها قال تكون واحدة وهو أحق بها . وعن أحمد رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تسكون بائناً ، ذكر أبو بكر الروايتين جميعاً .

وقال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تسكون بائناً . فإن فى رواية الأثرم وقد سئل إذا طلق عليه السلطان أتسكون واحدة ؟ فقال إذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة ، وقال أبو ثور : طلاق المولى بأن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع

الضرر فكان بائناً كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر ، وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء العدة بائناً .

ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولاً بها من غير عوض ولا استيفاء عدي فيكون رجعياً كالطلاق في غير الإيلاء . وبفارق فرقة العنة^(١) لأنها فسخ لعيب وهذه طلقة ، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الإضرار بها فافترقا والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٨٠

قال ﴿ فإن طلق عليه ثلاثاً فهي ثلاث ﴾

وجملة الأمر : أن المولى إذا امتنع عن الفیضة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى ، وإليه الخيرة فيه إن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثاً وإن شاء فسخ . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع .

ولنا : أن الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تنذوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنبه رجعتها لعله بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده . قال أبو عبيد إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ ، وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال ثلاثاً فهي ثلاث .

﴿ مسألة ﴾

٦٠٨١

قال ﴿ وإن طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر كان الحكم كما حكمنا في الأول ﴾

وجملة الأمر : أنه إذا طلق المولى أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث وله رجعتها وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى : أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة . فإنه قال : وأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها ، فعلى هذه الرواية يكون طلاق الحاكم بائناً ليس فيه رجعة ، وقال أبو بكر في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان لما كانت أو غيره .

إحداها : تحريم على التأييد واختارها .

والثانية : أنه المراجعة فيها بعقد جديد وهذا الصحيح وليس في كلام أحمد ما يقتضي تحريمها عليه ،

(١) في المخطوطة ٣٩ : العنين .

وقوله : ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد لأنه قد صرح في سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى تحريمها عليه وتفرق الحاكم لا يقتضى سوى التفرق بينهما في هذا النكاح ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة لم تحرم عليه .

وأما فرقة اللعان فإنها تحصل بدون تفرق الحاكم ولو حصلت بتفرق الحاكم غير أن مقتضى التفرق والتحریم اللعان بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به بخلاف مسألتنا ، وأما على قول الخرقى فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث فهو رجعى سواء أكان من المولى أو الحاكم وهذا مذهب الشافعى لأن الحاكم نائبه فلا يقع طلاقه مفيداً كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل ، فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها بانت ولم ياجعها طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعى ، وروى عن علي « إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء فهي واحدة ويقتضيه ^(١) مذهب الزهري : وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء من غير إيقاع وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسخ الحاكم النكاح فليس للمولى الرجوع عليها إلا بنكاح جديد سواء أكان في العدة أو بعدها ولا ينقص به عدد طلاقه . لأنه ليس بطلاق . فأشبهه فسخ النكاح لعيبه أو عنته ، وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثاً لم تحمل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونكاح جديد .

إذا ثبت هذا فإنه إذا طلق دون الثلاث فراجعها في عدتها فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ولا يحنسب عليه بما قبل الرجعة من المدة لأنها صارت ممنوعة منه بغير اليقين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائناً فإن راجع استؤنفت المدة من حين رجعته فإن كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر سقط الإيلاء وإن كان أكثر منها تربصنا به أربعة أشهر ثم وقفناه ليقىء أو يطلق ثم يكون الحكم ههنا كالحكم في وقته الأول فإن طلق أو طاق الحاكم عليه واحدة ثم راجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر انتظرناه أربعة أشهر ثم طوبى بالفيئة أو الطلاق فإن طلق فقد كملت الثلاث وحرمت عليه ، وهذا مذهب الشافعى ويقتضى مذهب أبى عبد الله بن حامد أنه إذا طلق استؤنفت المدة الأخرى من حين طلق فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق وقف ثانياً فإن فاء وإلا أمر بالطلاق : ونحو هذا مذهب مالك . وأبى عبيد ، وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء بانت وانقطع الإيلاء فإن راجع في العدة قبل مدة الإيلاء تربص به تمام أربعة أشهر من حين طلق ، وعن ابن مسعود ، وعطاء ، والحسن ، والبخنى ، وقتادة ، والأوزاعى ، أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا محتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته فلا يحسب بمدته قبل الرجعة فيكون قول الخرقى مثله ، ويحتمل أنه يزيل حكمه بالسكينة لأنه قد وفاها حقها بالطلاق فسقط حكم الإيلاء كما لو

(١) في المخطوطة ٣٩ وهو .

وطئها ، والجواب عن هذا أن حكم اليمين باق في المنع من الوطء فيبقى الإيلاء كالمو لم يطلق ، بخلاف الفينة ، فإنها ترفع اليمين لحصول الحنث فيها .

٦٠٨٢

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو وقفنا بعد الأربعة أشهر فقال : ، قد أصبتها فإن كانت ثيباً كان القول قوله مع يمينه﴾ وهذا قول الشافعى لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه وهو يدعى ما يوافق الأصل وبيته ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى الوطء في العنة ، ولأن هذا أمر خفى ، ولا يعلم إلا من جهته ، فقبل قوله فيه كقول المرأة في حيضها وتلزمه اليمين ، لأن ما تدعيه المرأة محتمل ، فوجب نفيه باليمين ونص أحد في رواية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين ، لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبى بكر ، فأما إن كانت بكرًا واختلف في الإصابة أريت النساء الثقات فإن شهدن بثبوتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكرتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت بكرتها ، وظاهر قول الخرقى أنه لا يمين ههنا ، لقوله في باب العنين : فإن شهدن بما قالت أجل سنة ، ولم يذكر يمينه ، وهذا قول أبى بكر لأن البينة تشهد لها ، فلا تجب اليمين معها .

٥٩٨٣

(فصل)

ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبت ، ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقبل قوله في الإصابة في الإيلاء ، ولا تقبله في إثبات الرجعة له . وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة .

٦٠٨٤

﴿مسألة﴾

قال ﴿ولو آلى منها فلم يصبها حتى طلقها وانقضت عدتها منه ثم نكحها وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر وقف لها كما وصفت﴾ .

وجملة الأمر : أن المولى إذا أبان زوجته انقضت مدة الإيلاء بغير خلاف علمنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من حين الطلاق الرجعى لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها ، فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها واستؤنفت المدة حينئذ ، فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء ، لأن مدة التبرص أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، ثم وقف لها فيما أن ينفى أو يطلق ، وإن لم يطلق طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك . وقال أبو حنيفة ، إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية ، ولهذا ترجع إليه على طلاق

ثلاث ، فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية ، وقاله أصحاب الشافعي : يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل : قولان كالذهبيين ، وقول ثالث : لا يعود حكم الإيلاء بحال ، وهو قول ابن المنذر ، لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثاً .
ولنا : أنه ممتنع من وطء إسرأته يمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء ، كما لو لم يطلق ، وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها بخلاف مسألتنا .

(فصل)

٦٠٨٥

ولو آلى من إسرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها ، عاد الإيلاء ، ولو كان المولى عبداً فاشتترته امرأته ثم أعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ، ولو بانت الزوجة بردة أو إسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجاً جديداً عاد الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك ، وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك ثم طلقها ثم نسكت غيره ثم تزوجها الأول عاد حكم الإيلاء ، لأن الصفة للمقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينفك الإيلاء بالهلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي إسرأته .

﴿مسألة﴾

٦٠٨٦

قال ﴿ولو آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه﴾
إنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضي المدة يبنى على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أولاً؟ وزال الخلاف ، أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال : حلفت في غرة^(١) رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان ، فالقول قوله لأنه صدر من جهته وهو أعلم به فكان القول فيه كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل ، قال الخرقي ويكون ذلك مع يمينه وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو بكر إلى أنه لا يمين عليه ، قال القاضي وهو أصح لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه يمين كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته ، ووجه قول الخرقي : قول النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) «اليمين على المدعى عليه» ولأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون .

(١) في المخطوطة ١٨ : في أول . (٢) أخرجه الشيخان عن ابن عباس بلفظ «لو يعطى الناس بدعواهم

لا دعى الناس دماء رجال وأموالهم ولكن البيئة على المدعى عليه» (ف) .

٦٠٨٧

(فصل)

فإن ترك الوطء بغير يمين لم يكن مولياً لأن الإيلاء الحلف ولكن إن ترك ذلك لعذر من مرض أو غيبة ونحوه لم تضرب له مدة وإن تركه مضرراً بها فهل تضرب له مدة؟ على روايتين . إحداهما : تضرب له مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعي بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الإيلاء سواء لأنه أضربها بترك الوطء في مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أدائه إذا حلف على تركه وجب أدائه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات ، بحقه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجباً إذا أقسم على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ، ولأن وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلاء وعدمه فلا يمتنع الوجوب ، فإن قيل : فلا يبقى للإيلاء أثر فلم أفردتم له باباً ؟ قلنا : بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار اكتفى بدلالته وإذا لم توجد اليمين احتجنا إلى دلائل سواء يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المفتضى لا لعينه . والثانية : لا تضرب له مدة وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بمول فم تضرب له مدة كما لو لم يقصد الإضرار ، ولأن تعليق الحكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه إذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر والله أعلم .

انتهى الجزء السابع بحمد الله . ويتلوه الثامن بمون الله وأوله « باب الظهار »

فهرس الجزء السابع من المفتى

لابن قدامة

الصفحة	الموضوع
٣	كتاب النكاح
٣	الأصل فى مشروعىة النكاح
٤	أحكام النكاح
٦	لانكاح إلابولى وشاهدين - أحكام الولى
٨	أحكام الشهود
٩	هل ىنعمد بشاهدين فاسقين ؟
١٠	حكم انعقاده بشهادة رجل وامرأتين
١٠	شهادة الصبيان
١١	شهادة العميد
١٢	لاحد فى النكاح الفاسد
١٣	مقى ىجب الحد فى الأنكحة الباطلة
١٣	أحق الناس بالولاية على المرأة
١٤	ولاية الجد وإن علا
١٥	ولاية الابن وإن سفل
١٥	ولاية الإخوة
١٦	ولاية أبناء الإخوة ، وولاية العمومة وأولادهم . وعمومة الأب
١٧	ولاية المولى المنعم
١٧	ولاية السلطان
١٨	إذا لم ىوجد للمرأة ولى ولا ذو سلطان
١٩	ىجوز التوكيل مطلقا ومقيدا
١٩	لا ىعتبر فى صحة الوكالة إذن المرأة
٢٠	ىثبت للتوكيل ما ىثبت للموكل
٢٠	هل تستفاد الولاية فى النكاح بالوصية ؟
٢١	إذا كان الأقرب فى الوصية طفلا أو كافرا أو عبدا

الصفحة	الموضوع
٢٢	لا يشترط أن يكون الوكيل بصيرا
٢٢	من لم تثبت له الولاية لا يصح توكيله
٢٣	من الذى يزوج أمة المرأة ؟
٢٤	يزوج مولاتها من يزوج أمتها
٢٥	للرأة أن تأذن لوليها الذى يحل لها أن يتزوجها
٢٦	لا يزوج كافر مسلمة ولا مسلم كافرة . . الخ
٢٧	إذا تزوج المسلم ذمية فوليها الكافر
٢٨	إذا تزوج المرأة من غيره أولى منه وهو حاضر
٢٩	إذا زوجت المرأة بغير إذن وليها
٣٠	إذا تزوجت التى يعقبر إذنها بغير إذنها
٣١	معنى الفصل
٣٢	إذا غاب الولى غيبة منقطعة
٣٢	ما هى الغيبة المنقطعة
٣٣	الخلاف فى اشتراط الكفاءة
٣٥	الخلاف فى شروط الكفاءة
٣٦	الخلاف فى اعتبار النسب
٣٧	الكفاءة فى الحرية
٣٧	الخلاف فى اعتبار اليسار
٣٨	الخلاف فى اعتبار الصناعة
٣٨	هل تعتبر السلامة من العيوب فى الكفاءة ؟
٣٨	حكم الكفاءة فىمن أسلم أو عتق من العبيد
٣٨	الكفاءة فى ولد الزنا
٣٨	الكفاءة بين الموالى والعجم
٣٩	كفاءة أهل البدع
٣٩	الكفاءة فى الرجل دون المرأة
٤٠	هل للأب إجبار البكر البالغة على النكاح ؟
٤١	ليس لغير الأب إجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة
٤٢	حكم الجارية إذا بلغت تسع سنين

الصفحة	الموضوع
٤٣	استحباب استئذان الأب ابنته البالغة
٤٣	إذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها
٤٤	إذن الثيب وإذن الميسر
٤٥	النطق بالإذن أتم في الإذن من الصمت
٤٦	من هي الثيب ؟
٤٦	من ذهبت عذرتها بغير جماع
٤٧	إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها فالقول قولها
٤٧	تزويج المجنونة
٤٨	إذا زوج ابنته بدون صداق مثلها
٤٩	من الذى يزوج غير البالغ والمعتوه
٥٠	من هو المعتوه
٥٠	للأب أو وصيه تزويج الغلام
٥١	حكم الولاية على من يفيق أحيانا
٥١	وصى الأب في النكاح بمنزله
٥١	إن تزوج صغير أو مجنونة والخلاف فيه
٥٢	الخلاف في ضمان الأب صداق ابنته
٥٣	أحوال نكاح المحجور عليه لسهه
٥٣	إذا تزوج السفية بغير إذن
٥٤	ليس لغير الأب تطليق زوجة المولى عليه
٥٤	إذا ادعت الزوجة عنة المجنون
٥٥	إذا زوج السيد أمة بغير إذنها
٥٥	جبر المدبرة والمعلق عقمتها بصفة وأم الولد على النكاح
٥٥	متى يجبر السيد على تزويج أمة
٥٦	ليس للسيد إكراه أمة على زواج المغيب
٥٦	لا يملك السيد إجبار عبده البالغ على النكاح
٥٦	للسيد تزويج العبد الذى لم يبلغ
٥٧	مهر العبد على السيد
٥٧	يجوز زواج السيد لعبده بإذنه

الصفحة	الموضوع
٥٨	إذا اشترت الحرة زوجها أو ملكته انفسخ النكاح
٥٩	حكم ما إذا كان للمرأة وليان أذنت لهما فى تزويجهما
٦٠	إذا استوى الأولياء فى الدرجة
٦١	إذا ادعى كل ولى أنه السابق بالمقد
٦٢	إذا علم أن المقدين وقعا معا
٦٢	إذا أقرت المرأة للسابق . . الخ
٦٣	بطلان زواج العبد بغير إذن سيده
٦٤	أحكام المهر فى زواج العبد بغير إذن سيده
٦٤	المهر يتعلق برقبة العبد
٦٤	الواحب من المهر خمسه
٦٥	إذا خالف العبد إذن سيده فى النكاح
٦٥	إذا تزوج الأمة على أنها حرة فولدها حر
٦٦	لا يفسد النكاح بالفور
٦٦	على الزوج فداء أولاده فى نكاح الفور
٦٧	ثلاث روايات فى صفة الفداء
٦٨	فيمن يضمن من الأولاد
٦٨	أحكام المهر فى نكاح الفور
٦٨	يرجع بما غرمه على من غره
٧٠	المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالتن
٧٠	لا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى
٧١	إذا حملت المفور بها فضررب بطنها فاستقطت
٧١	إذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر
٧١	إذا غرها بنسب فبان دونه
٧١	أولاد العبد المفور أحرار
٧٢	إذا شرطها مسلمة فبانت كافرة
٧٢	إن شرطها بكراً فبانت ثيباً
٧٣	إذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة
٧٣	إن شرطها أمة فبانت حرة

المرضوع	الصفحة
من أعتق أمة وجعل عتقها صداقها	٧٤
كيف ينعقد النكاح فى المسألة السابقة	٧٥
إذا قال للأمة أعتقتك على أن تزوجين نفسك	٧٥
إن أعتقت المرأة عبدها على أن يتزوجها	٧٦
لا استبراء إذا تزوج أمة بعد عتقها	٧٧
أحوال الإيجاب والقبول	٧٧
الألفاظ التى ينعقد بها النكاح	٧٨
هل ينعقد النكاح بغير اللغة العربية	٧٩
هل ينعقد بإشارة الأخرس ؟	٧٩
لا يجوز تقديم القبول على الإيجاب	٨٠
انعقاد النكاح بالهزل	٨٠
يصح تراخى القبول عن الإيجاب فى المجلس	٨٠
إن أوجب النكاح ثم زال عقله بجنون أو إغماء	٨١
خيار المجلس وخيار الشرط لا يثبتان فى النكاح	٨١
تستحب الخطبة قبل التواجب	٨١
الخلاف فى وجوب الخطبة	٨٢
يستحب إعلان النكاح	٨٢
يكراه التواصى بكتمان النكاح	٨٣
الأوقات التى يستحب فيها عقد النكاح	٧٤
ما يقال للمتزوج . وما يقوله عند الدخول	٨٤
ليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للعبدة أكثر من إثنين	٨٥
للعبدة أن يقسرى بإذن سيده	٨٦
المكاتب كالقن فى وجوب إذن السيد	٨٧
لا يعتبر رجوع السيد عن إذنه لعبده فى التمسرى	٨٨
لا يجوز زواج خامسة للحر ولا ثلاثة للعبدة إلا إذا طلق واحدة وانقضت عدتها	٨٨
ينفسخ النكاح إذا أسلم زوج الجوسية أو الوثنية	٨٩
لا يتزوج أخت أم الولد ولا أخت أمته وهو يطؤها إلا بعد الاستبراء	٨٩
يجوز زواج أمة فى عدة حرة بائن والخلاف فى ذلك	٨٩

الصفحة	الموضوع
٩٠	إن زنى بامرأة لا يتزوج أختها حتى تنقض عدها
٩٠	من خطب امرأة فزوج بغيرها لم ينعقد النكاح
٩١	يشترط لصحة النكاح تعيين الزوجين
٩٢	الشروط فى النكاح
٩٣	ما يلزم الوفاء به من الشروط
٩٤	لا يصح أن تشترط الزوجة طلاق ضررتها
٩٤	ما يبطل الشرط وبصح العقد
٩٥	ما يبطل النكاح من أصله
٩٦	يصح اشتراط الخيار فى الصداق
٩٦	ما يجوز النظر منه إلى المخطوبة
٩٧	ما يحل من النظر إلى ذوات المحارم
٩٧	أم المزنى بها لا يحل النظر إليها
٩٩	ما ينظره العبد من سيده
١٠٠	لا يجب الاستئثار من الطفل
١٠١	يباح نظر كل من الزوجين إلى جميع بدن الآخر
١٠١	يباح للسيد النظر إلى جميع بدن أمته
١٠١	الطبيب ينظر إلى ما تدعو إليه الحاجة
١٠٢	حكم النظر إلى الأجنبية
١٠٢	حكم النظر إلى العجوز التى لا تشتمى
١٠٣	حكم النظر إلى الأمة
١٠٣	حكم النظر إلى الطفلة
١٠٤	حكم نظر الشيخ والخصى والخنث
١٠٥	حكم نظر الرجل إلى الرجل
١٠٥	حكم نظر المرأة إلى المرأة
١٠٧	نظر السيد إلى أمته المتزوجة
١٠٧	منافع الأمة المتزوجة وأحكامها
١٠٨	من يستحب نكاحهن
٧٠٩	التحریم فى النكاح

الصفحة	الموضوع
١١٠	الحرمات بالنسب
١١٣	الحرمات من الرضاع
١١٣	لبن الفحل يتعلق به التحريم
١١٥	التحريم بالجمع
١١٦	المقد على المرأة يحرمها على الابن وإن سفل والأب وإن علا
١١٧	وطء الحرام محرم
١١٨	أنواع الوطء
١١٩	حكم تعلق التحريم بالواط
١٢٠	وطء الميتة والمباشرة دون الفرج
١٢١	النظر بشهوة هل يتعلق به التحريم ؟
١٢١	نظر المرأة إلى الرجل بشهوة هل يتعلق به التحريم ؟
١٢٢	الخلوة والتحريم — زواج الأختين في عقد أو عقدين
١٢٣	زواج الأخت من الرضاع وأجنبية في عقد واحد
١٢٤	الجمع بين المحللة والمحرمة في عقد واحد
١٢٤	إذا اشترى أختين فأصاب إحداها
١٢٥	أحكام اجتماع الأختين
١٢٦	أحكام وطء الأختين من الإمام
١٢٦	حكم المباشرة من الإمام فيما دون الفرج في التحريم
١٢٧	نسكاح أخت الموطوءة بشبهة
١٢٨	لا تحرم أم الزوجة على الأب والابن
١٢٩	حل نساء أهل الكتاب
١٣٠	من هم أهل الكتاب
١٣١	تحقيق القول في المجوس
١٣١	تحريم نساء غير أهل الكتاب
١٣٢	إذا انتقلت الكتابية إلى دين آخر
١٣٣	كيف يحبر المقتل إلى دين آخر
١٣٤	حكم التسرى بالإمام المجوسيات والكتابيات
١٣٥	حكم زواج الأمة الكتابية

الصفحة	الموضوع
١٣٦	حكم زواج الحر المسلم من الأمة المسلمة
١٣٧	إباحة نكاح الأمة عند عدم الطول وخوف العنت
١٣٨	لا يفسخ نكاح الأمة إذا أيسر
١٣٩	للمعسر وخائف العنت نكاح أربع إماء
١٤٠	حكم نكاح الزانية
١٤١	الخلاف فى تحريم الزانية
١٤٢	لا يفسخ العقد بزنا أحد الزوجين
١٤٣	لا يجوز لأحد أن يخطب على خطبة أخيه
١٤٤	مقى تجوز خطبة الخطوبة
١٤٥	الرد والإجابة بين الخطوبة ووليها
١٤٦	لا تحرم الخطبة على خطبة ذمى
١٤٧	التعريض المعتدة بالخطبة
١٤٧	أنواع المعتدات
١٤٨	ليس للسيد نكاح أمته ، ولا للسيدة نكاح عبدها
١٤٩	للأبن نكاح أمة أبيه
١٤٩	إذا ملكت المرأة زوجها أو بمضه انفسخ النكاح
١٥٠	وطء الأب جارية ابنه ، والعكس
١٥١	أحكام أنكحة الكفار
١٥٢	حكم إسلام أحد الزوجين قبل الدخول
١٥٣	إسلام أحد الزوجين بعد الدخول
١٥٤	إذا أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى نهاية العدة
١٥٥	حكم المهر ونفقة العدة إذا أسلم أحد الزوجين
١٥٦	اختلاف الزوجين فى زمن إسلامهما
١٥٧	الكافر يفسخ أكثر من أربع ثم يسلم أو يسلمن
١٥٨	حكم إجبار الكبير على الاختيار
١٥٩	صفة الاختيار والفراق
١٦٠	كيف يختار إذا طلق الجميع
١٦١	جواز الاختيار حال الإحرام بالحج

الموضوع	الصفحة
لو أسلم وتحتة أخقان	١٦٣
الكافر يتزوج أما وبنثا ثم يسلمون	١٦٠
إذا أسلم العبد وتحتة زوجته فأسلمتا	١٦٤
إذا تزوج العبد أربعا فأسلمن وأعتقن	١٦٥
لو أسلم الفقير الخائف للعنت وتحتة أربع إماء فأسلمن معه	١٦٦
إذا أسلم وتحتة إماء وحررة	١٦٧
إذا أسلم الإمام دون الحررة	١٦٨
إذا تزوج وها كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده	١٦٩
ليس لها غير المسمى لها وها كافران	١٧٠
يفرق بين الكتابين فى النكاح الفاسد	١٧١
أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح	١٧٢
إذا ارتدت المسلمة قبل الدخول انفسخ النكاح	١٧٣
لائقة المسلمة المرتدة بعد الدخول	١٧٤
إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد	١٧٥
نكاح الشفار	١٧٦
حكم الصداق فى نكاح الشفار	١٧٧
نكاح المتعة	١٧٨
الجمع بين أحاديث تحريم المتعة	١٧٩
نكاح التحليل	١٨٠
نية التحليل من غير شرط	١٨١
تحقيق ماروى عن السلف فى التحليل	١٨٢
الحلل لا يحل الزوجة لزوجها الأول	١٨٣
خيار الفسخ لكل من الزوجين	١٨٤
عدد العيوب المجهوزة للفسخ	١٨٥
لا يجوز الفسخ بمثل العمى والعرج	١٨٦
إذا حدث العيب بأحد الزوجين بعد العقد	١٨٧
حكم المهر عند الفسخ قبل الدخول وبعده	١٨٨
إذا علم بالعيب وقت العقد ووجد دليل الرضى	١٨٩

الصفحة	الموضوع
١٩٠	حكم المهر إذا طلق قبل الدخول ثم علم بالعيب
١٩١	ليس للولى تزويج الكبيرة بمعيب بغير رضاها
١٩٢	إذا عتقت الأمة تحت عبد فلها الخيار . ونعت حر فلا خيار
١٩٣	خيار المعتقة بين التراخي والفور
١٩٤	حكم الخيار إذا عتق العبد والأمة معاً
١٩٥	إذا عتقت الصغيرة والمجنونة فلا خيار لهما على الفور
١٩٦	المهر لسيد الجارية إذا اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول
١٩٧	مضى يبطل خيار المعتقة
١٩٨	للمعتقة الخيار من غير حكم حاكم
١٩٩	أجل العنين والخصى
١٩٩	من هو العنين والخصى والمحبوب
٢٠٠	بؤجل الزوج إذا ادعت الزوجة عنته
٢٠١	لا تقرب مدة للعاجز عن الوطء لعارض يزول
٢٠٢	إذا ادعى الزوج عليها بمجره عن الوطء
٢٠٣	تبطل دعوى العنة بالوصول إلى الزوجة وأومرة
٢٠٤	هل يخرج عن العنة بالوطء في الدبر؟
٢٠٥	إذا ادعت أنها عذراء وادعى الوصول إليها
٢٠٦	إذا ادعى الوصول إليها وهي ثبت
٢٠٧	إذا ادعى المشلول الرجولة أو الأنوثة
٢٠٨	شرائط الإحضان
٢٠٩	كتاب الصداق
٢٠٩	أسماء الصداق
٢١٠	كل ما اتفق على جعله صداقا جاز
٢١١	الخلاف في أقل الصداق وأكثره
٢١٢	عدم الفلوفى الصداق
٢١٣	كل ما جاز ثمنه في البيع أو الاجاره عيناً أو ديناً . . . الخ جاز أن يكون صداقا
٢١٤	حكم اعتبار العمل صداقا
٢١٥	النكاح على تعليم القرآن

الصفحة	الموضوع
٢١٦	هل يجوز اعتبار تعليم القرآن صداقا للكتابية ؟
٢١٧	الصداق مال متقوم تنقصف قيمته
٢١٧	إذا أصدقها عبدا فوجدته معيبا
٢١٧	إذا شرطت في الصداق صمدا فبان بخلافها
٢١٨	إن كان الصداق عبدا فبان حرا
٢١٩	إذا أصدقها خيرا وأشار إلى خل
٢٢٠	الصداق المجهول
٢٢٠	عق الأب يصح صداقا
٢٢١	الخلاف في المهر المجهول
٢٢٢	زواج المسلمين على صداق محرم
٢٢٢	تعجيل الصداق وتأجيله كله أو بعضه
٢٢٣	وجوب مهر المثل إذا كان الصداق محرما
٢٢٤	الخلاف في مقدار مهر المثل
٢٢٤	مهر المثل عند التسمية الفاسدة
٢٢٥	ليس لولي غير الأب أن يأخذ شيئا من الصداق
٢٢٦	مقدار الصداق الذي تملكه الزوجة بالعقد
٢٢٧	الصداق ينتصف بالطلاق قبل الدخول
٢٢٨	حكم نماء الصداق بعد العقد
٢٢٩	إذا كان المهر شجرا فأثمر ثم طلقها قبل الدخول
٢٣٠	متى لا يجوز له الرجوع في نصف الصداق
٣٣١	أحوال تلف الصداق في يد الزوج
٢٣٢	تصرفات المرأة في الصداق إذا طلقت قبل الدخول
٢٣٣	إذا اختلف في قدر الصداق بعد العقد
٢٣٤	إن ادعى الزوج أقل من مهر المثل وادعت الزوجة الزيادة
٢٣٥	إن أنكر الزوج الصداق
٢٣٥	إذا اختلفا في المدفوع هل هو صداق أو هبة
٢٣٦	اختلاف الورثة في الصداق
٢٣٧	متى تفرض المتعة

الصفحة	الموضوع
٢٣٨	المفوضة
٢٣٩	مهم المفوضة
٢٤٠	مضى لا تجب المتعة
٢٤١	متعة الزوجة
٢٤١	لا متعة للمفوضة
٢٤٢	مقدار المتعة واختلاف الروايات فيها
٢٤٣	هل يجبر الزوج على الفرض قبل الدخول إذا طلبته الزوجة
٢٤٤	لا يصبح فرض مهر المثل للزوجة من أجنبي
٢٤٥	يجوز الدخول بالزوجة قبل فرض المهر
٢٤٦	استحقاق الميراث ومهر المثل قبل الدخول وقبل الفرض
٢٤٧	تحقيق قوله (مهر نساءها)
٢٤٨	يجب مهر المثل حالا
٢٥٠	هل يستقر الصداق بالخلوة ولو كانت ممنوعة
٢٥١	هل يكمل المهر بخلوة الأعمى أو بالصغيرة
٢٥١	الخلوة في النكاح الفاسد لا يجب بها شيء من المهر
٢٥٢	على الزوج نصف المهر إذا أذهب عذرة زوجته بغير وطء
٢٥٣	عقدة النكاح وصاحبها
٢٥٤	بحق عقد كل من الزوجين للآخر
٢٥٥	عقد ولي القاصر إذا بانء بما يسقط صداقها
٢٥٦	إذا كان الصداق عينا فوهبتها للزوج
٢٥٧	إبراء المفوضة زوجها من المهر
٢٥٨	لا متعة للمفوضة إذا أبرأت زوجها من نصف المهر
٢٥٨	لا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه لولى مال الزوجة
٢٥٩	مضى لا تجب نفقة الزوجة
٢٥٩	إمكان الوطء في الصغيرة واعتباره
٢٦٠	مضى يجوز للزوجة منع نفسها من الزوج
٢٦١	صداق السر وصداق العلانية
٢٦١	يجوز الفسخ إذا أسر الزوج بالمهر قبل الدخول

الموضوع	الصفحة
زواج أربع فى عقد واحد	٢٦٢
زواج امرأتين بصداف واحد	٢٦٣
الجمع بين النكاح والبيع وحكمه	٢٦٤
التسمية المتعلقة بشرط فاسد	٢٦٤
حكم الزواج على طلاق آخرس	٢٦٥
الزيادة فى الصداق بعد العقد	٢٦٦
إذا كان الصداق غمما فتوالدت قبل الدخول	٢٦٧
الزيادة المتصلة بالمهر	٢٦٨
إذا كان الصداق نخلا فأمر	٢٦٩
إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج	٢٧٠
إذا أصدقت الذمية خمرأ فتخلت	٢٧٠
يجوز أن يضم الأب نفقة زوجة لابنه	٢٧١
مهر الموطوة فى نكاح فاسد أو بشبهة	٢٧١
مهر المكروهة على الزنا	٢٧١
لا مهر فى اللواط ، ولا فى المطاوعة على الزنا	٢٧١
متى يسقط المهر	٢٧٢
كتاب الوليمة	٢٧٣
أنواع الولائم	٢٧٥
حكم الوليمة فى النكاح	٢٧٥
حكم إجابة الدعوى	٢٧٥
زمن الوليمة ومدتها	٢٧٦
دعوة الذمى	٢٧٧
إذا دعاه رجلان	٢٧٧
إذا لم يجب أن يأكل ماذا يصنع	٢٧٨
إذا كان فى الوليمة خمر	٢٧٩
حكم الصور والنقوش فى بيت الوليمة	٢٧٩
حكم الستور عليها الصور	٢٨٠
إذا قطعت رأس الصورة	٢٨١
	٢٨٢

الموضوع	الصفحة
حكم صناعة التصوير	٢٨٢
دخول منزل فيه صور	٢٨٣
حكم ستر الحيطان بستر غير مصورة	٢٨٣
الستر فيها القرآن	٢٨٤
حكم الدف وأوانى الذهب والفضة	٢٨٥
حكم دعوة الختان	٢٨٦
حكم النثار	٢٨٧
قسم الطعام عل الحاضرين	٢٨٨
من حصل فى حجرة شىء من النثار	٢٨٨
لابأس بخلط الأزواد والأكل مجتمعين	٢٨٨
آداب الطعام	٢٨٩
آداب ما بعد الطعام	٢٩١
كتاب عشرة النساء والخلع	٢٩٣
حقوق الزوج على الزوجة	٢٩٤
منع الزوجة من الخروج	٢٩٥
حكم خدمة المرأة زوجها	٢٩٥
وطء المرأة فى الدبر	٢٩٦
لابأس بالمباشرة من غير إيلاج فى الدبر	٢٩٧
أحكام العزل	٢٩٨
آداب الجماع	٢٩٩
لا يجمع بين زوجتين فى مسكن بغير رضاها	٣٠٠
القسم بين النساء	٣٠١
قسم المريض والجبوب والعنبن	٣٠٢
القسم للمريضة والرتقاء . . . الخ	٣٠٢
قسم الابتداء	٣٠٢
وطء الزوج زوجته وحكمه	٣٠٤
إذا سافر لعذر وحاجة	٣٠٤

صفحة	الموضوع
٣٠٥	نواب الرجل على جماع أهله
٣٠٦	عماد القسم بين النساء فى الليل
٣٠٨	لا تجب النسوية بين النساء فى الجماع
٣٠٩	تساوى المسلة والذمية فى القسم
٣١٠	لا قسم على الرجل فى ملك يمينه
٣١١	كيف يقسم الرجل بين زوجتين متباعدين
٣١٣	وجوب القرعة عند السفر
٣١٤	لا يجب على الزوج السفر بصاحبة القرعة
٣١٦	تحديد أيام الإقامة فى العرس
٣١٧	حكم زفاف امرأتين فى ليلة
٣١٨	أنواع عقوبات الزوجة
٣١٩	خوف المرأة نشوز زوجها
٣٢٠	أحكام الخلاف بين الزوجين
٣٢١	موقف الحكمين عند غياب الزوجين
٣٢٣	كتاب الخلع
٣٢٤	حديث الختامة
٣٢٥	لا يفتقر الخلع إلى حاكم
٣٢٦	هل يأخذ الزوج أكثر مما أعطى الزوجة ؟
٣٢٧	يسكره الخلع لغير سبب
٣٢٨	يبطل الخلع بإرغام الزوجة عليه
٣٢٩	هل الخلع فسخ أو طلاق ؟
٣٣٠	ألفاظ الخلع الصريح والسكناية
٣٣١	لا يقع طلاق المعتدة من خلع
٣٣٢	أحكام الرجعة فى الخلع
٣٣٤	شرط الخيار فى الخلع
٣٣٥	أنواع الخلع المجهول
٣٣٦	الخلع على رضاع الولد أو كفالته
٣٣٨	الخلع على غير عوض

الموضوع	الصفحة
الخلع على نصف الدار	٣٣٨
العيب فى عرض الخلع	٣٣٩
الخلع على الدرام	٣٤٠
تعليق الطلاق على شرط العطية	٣٤١
الخلع على ما يظنه مالا	٣٤٢
الخلع على مال محرم	٣٤٣
مسائل شتى	٣٤٤
الطلاق ثلاثا بألف	٣٤٥
مسائل شتى	٢٤٦
خلع الأمة بدون إذن سيدها	٢٥٠
عوض الخلع بإذن السيد	٣٥١
خلع المحجور عليه لسهه	٣٥١
خلع المحجور عليه لفاى	٣٥٢
حكم إبراء الأب للزوج	٣٥٣
الخلع مع أجنبى	٣٥٤
خلع العبد زوجته	٣٥٥
خلع الأب زوجة أبنه	٣٥٦
الخلع فى مرض الموت	٣٥٦
خلع الزوجة على نفقة العدة	٣٥٧
التوكيل فى الخلع	٣٥٧
الخلع على مال محرم ومما كافرين ثم أسلدا أو أحدهما	٣٥٨
التوكيل فى الخلع	٣٥٩
الاختلاف فى الخلع	٣٦١
تعليق الطلاق بصفة	٣٦٣
كتاب الطلاق	٣٦٣
أدلة حل الطلاق	٣٦٣
أنواع الطلاق	٣٦٤
طلاق السنة	٣٦٥

الصفحة	الموضوع
٢٦٥	طلاق الثلاث فى ثلاثة أشهر
٢٦٦	طلاق البدعة
٢٦٧	طلاق الثلاث للسنة
٢٦٨	الجمع بين ثلاث تطليقات
٢٦٩	جمع الثلاث للسنة
٢٧٠	جمع الثلاث هل يقع واحدة ؟
٢٧٠	إن قال : أنت طالق للسنة وكانت حاملا
٢٧١	متى يدخل زمان السنة
٢٧٢	مسائل فى طلاق السنة والبدعة
٢٧٤	طلاق السنة بغير المدخول بها
٢٧٥	إذا طلق الصغيرة للبدعة
٢٧٦	مسائل فى وصف الطلاق
٢٧٦	أحسن الطلاق وأجله . . الخ
٢٧٧	وصف الطلاق باقبح وما أشبهه
٢٧٧	طلاق الحرج
٢٧٨	طلاق الزائل العقل بلا سكر
٢٧٨	طلاق المعنى عليه
٢٧٩	طلاق السكران
٢٨٠	حد السكران الذى يختلف فى طلاقه
٢٨٠	طلاق الصبي
٢٨١	توكيل الصبي فى الطلاق
٢٨٢	طلاق المسكره
٢٨٣	حد الإكراه
٢٨٤	شروط الإكراه
٢٨٥	الطلاق بالقلب
٢٨٦	سبى اللسان فى الطلاق
٢٨٧	إن قال : أنت الطلاق
٢٨٧	إن طلق بلفظ الإطلاق

الصفحة	الموضوع
٣٨٨	الكنابة فى الغضب
٣٩٠	الكنابة حال سؤال الطلاق
٣٩٠	إن قال : أنت برية أو خلية . . . الخ
٣٩١	ألبنة بنية الواحدة
٣٩٣	ألفاظ الكناية
١٩٥	ألفاظ لا تشبه ألفاظ الطلاق
٣٩٦	إن قال الزوج : أنا طالق ، أو برى . . . الخ
٣٩٧	الصريح لا يحتاج إلى نية
٣٩٨	مسائل شتى
٤٠١	مسائل من كنايات الطلاق
٤٠٢	إذا وهب زوجته لأهلها
٤٠٢	إذا باع امرأته لغيره
٤٠٣	إذا قال : أمرك بيدك
٤٠٤	حكم اختيار الزوجة نفسها بعد التملك
٤٠٥	إن طلقت نفسها ثلاثا وعارضها الزوج فى العدد
٤٠٦	إذا وكل اثنين فى طلاق زوجته
٤٠٧	تخير الزوج بين التراخى والفور
٤٠٨	حدود مجلس الخيار
٤٠٩	تخير الزوجة
٤١٠	حكم رد الخيار من الزوجة
٤١١	مسائل التخير
٤١٢	لو جعل لها الطلاق ونوى عددا
٤١٣	إذا اختلف فى التخير
٤١٣	إن قال : أنت على حرام
٤١٦	إن ظاهر ونوى به الطلاق
٤١٦	إن قال : أنت على كالميتة
٤١٦	حكم الاستثناء فى الطلاق بالقلب
٤١٧	أحكام فى نية الطلاق

الصفحة	الموضوع
٤١٨	مسائل فى الاستثناء فى الطلاق
٤٢٢	الطلاق فى شهر معين
٤٢٣	مسائل فى الشهور والأيام
٤٢٥	مسائل شتى
٤٢٦	إن طلق عند رؤية هلال رمضان
٤٢٧	تعليق الطلاق على شرط مستقبلى
٤٣٣	الطلاق المعلق
٤٣٤	أحكام الحلف بالطلاق
٤٤٠	الطلاق المعلق على صفات
٤٤١	الطلاق المشروط
٤٤٢	تعليق الطلاق إذا الشرطية
٤٤٣	إذا كان الطلاق المعلق بآئنا لم يرشها
٤٤٤	فعل الخوف عليه يكون على التراخى
٤٤٥	تعليق الطلاق بمتى وإذا
٤٤٦	حروف الشرط
٤٤٧	الطلاق وحروف الشرط
٤٤٩	الشرط وحروف العطف
٤٥٠	الطلاق بأن المفتوحة
٤٥١	مسائل فى الطلاق المعلق
٤٦٢	تعليق الطلاق بمشئة الزوجة
٤٦٤	مشئة الطلاق وأحكامها
٤٦٥	الطلاق وإرادة المرأة
٤٦٦	مسائل فى الاستثناء وفى يمين الطلاق
٤٦٧	تعليق الطلاق على مستحيل
٤٦٨	مسائل فى اليمين بوجه عام
٤٦٩	مسائل شتى
٤٧٧	تكرار الطلاق
٤٧٩	الطلاق قبل الطلاق وبعده

الصفحة	الموضوع
٤٨١	تكرار الطلاق بحروف العطف
٤٨٣	الثلاث بنية الواحدة
٤٨٤	قوله : على الطلاق — والطلاق يلزمى
٤٨٥	أحكام طلاق الأخرس
٤٨٦	الطلاق بالكتابة الظاهرة وغير الظاهرة
٤٨٨	تجزئة الطلاق أو المطلقة
٤٨٩	تجزئة الطلقة الواحدة
٤٩٠	لو طلق أربع نسوة طلقة
٤٩١	لو طلق جزءا من امرأة
٤٩٣	الشك فى عدد الطلاق
٤٩٦	طلاق امرأة لا بمعنيها
٤٩٧	إن طلق إحدى نسائه ونسيها
٤٩٨	استعمال القرعة للحل
٥٠٠	تعيين المطلقة بالإشارة
٥٠١	القرعة لتعيين الورثة
٥٠٢	نكاح خامسه بعد طلاق الرابعة
٥٠٣	إن علمت بطلاقها وأنكرت
٥٠٤	إن طلق زوجته ثم وطئها
٥٠٥	عدد الطلاق يعتبر بالرجال
٥٠٦	رأى من قال : العدد يعتبر بالنساء
٥٠٧	إذا طلق العبد اثنتين ثم عتق
٥٠٨	إذا طلق ثلاثة أنصاف تطليقتين
٥٠٩	إذا طلق أكثر الطلاق أو كله
٥١١	إذا طلق طلقة بل طلقتين
٥١٢	إذا قال : أنت طالق بعد موتى
٥١٣	مسائل فى نية الخالف
٥١٥	كتاب الرجعة
٥١٥	لا رجعة لغير المدخول بها

الموضوع	صفحة
شروط حل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول	٥١٦
الحل بوطء العبد والمجنون	٥١٨
الرجعة في العدة لا بمسدها	٥١٩
للعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث	٥٢٠
هل يشترط الفسل في قضاء العدة	٥٢١
صفة الرجعة وألفاظها	٥٢٢
هل تحصل الرجعة بدون القول	٥٢٣
الحكم في دعوى انقضاء العدة	٥٢٥
قضاء العدة بالحل والشهور	٥٢٧
دعوى الزوج للرجعة	٥٢٨
اختلاف الزوج مع الزوجة في إصابتها ثم في الرجعة	٥٢٩
الخلوة كالإصابة في ثبوت الرجعة	٥٢٩
إدعاء زوج الأمة رجعتها في عدتها	٥٣٠
تردد الزوجة في الإقرار بانقضاء عدتها	٥٣٠
إن طلق ثم راجع ثم طلق قبل الدخول	٥٣١
إن خالع الزوجة أو فسخ نكاحها ثم نكحها في العدة	٥٣٢
إن طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم . . الخ	٥٣٣
المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد عدتها . . الخ	٥٣٤
إذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكر	٥٣٥
كتاب الإيلاء - تعريفه - صفته	٥٣٦
شروط الإيلاء - الخلاف في الزيادة عن أربعة أشهر	٥٣٨
تعليق الإيلاء لشروط مستحيل	٥٣٩
تعليقه على غير مستحيل خمسة أنواع	٥٤٠
إن قال : لا وطنتك بنير رضاك لم يكن مولى	٥٤١
إن قال : لا والله لا وطنتك إن شاء فلان	٥٤٢
إن قال : إن وطنتك فوالله لا وطنتك	٥٤٣
إن قال : لا وطنتك عاما . . الخ	٥٤٤
إن قال لأربع نسوة : والله لا أفر بكن	٥٤٥

الصفحة	الموضوع
٥٤٦	إن قال : وإن وطئت واحدة منكن . . .
٥٤٧	إن قال : كلما وطئت إحداكن فضرأثرها طوالق
٥٤٨	يصح الإيلاء من الرجعة
٥٤٨	يصح الإيلاء من المسلحة والذمية والحررة والأمة
٥٤٩	يصح إيلاء الذمى كالمسلم
٥٥٠	لا يشترط فى الإيلاء الغضب ولا قصد الإضرار
٥٥٠	ألفاظ الإيلاء ثلاثة أقسام — الصريح
٥٥١	ألفاظ السكتابة فى الإيلاء
٥٥٢	يصح الإيلاء بالعربية والأعجمية
٥٥٣	يؤمر بالفئنة بعد أربعة أشهر
٥٥٤	إبتداء المدة من حين البين
٥٥٥	إن وطئها وطئاً محرماً خرج من الإيلاء
٥٥٦	للزوجة المطالبة بالفئنة بعد إنقضاء المدة
٥٥٧	الأمة والحررة والصغيرة والمجنونة فى طلب الفئنة
٥٥٨	إن فاء لزمته الكفارة
٥٦٠	إذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء
٥٦٢	لا يطالب المغلوب على عقله بالفئنة
٥٦٣	وليس على من فاء بلسان كفارة ولا حنث
٥٦٤	إن طلق واحدة وراجع . . . ألح
٥٦٦	لو وقف بعد الأربعة أشهر
٥٦٦	لو آلى منها فلم يصحبها حتى طلقها . . . ألح
٥٦٧	لو آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها

مطابع سجل العرب
مطابع بستان الكرد - ٩٠ عماد الدين : القاهرة
مطابع - ٩٣٤٧٠٦